

تنازع الاختصاص القضائي الدولي

دراسة مقارنة

لقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم ، الاجراءات والقانون الذي يحكمها ،
آثار الأحكام الأجنبية

دكتور
هشام على صادق

مدرس القانون الدولي الخاص

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية



Bibliotheca Alexandrina

إهداء

إلى ولديّ

شريف ...

وحسام

اهداءات ١٩٩٨

المكتبة العامة

جامعة الإسكندرية



تنازع الاختصاص القضائي الدولي

دراسة مقارنة

لتواعد الاختصاص الدولي للمحاكم ، الاجراءات والقانون الذي يحكمها ،
آثار الأحكام الأجنبية

جامعة الاسكندرية

المكتبة العامة

رقم ١٧٦١

دكتور
هشام علي صادق

مدرس القانون الدولي الخاص

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية



General Organization Of the Alexandria
Library (GOAL)

Bibliotheca Alexandrina

المكتبة العامة

رقم التسجيل

٣٥٥

رقم التسجيل

الناشر
دار المعارف بالاسكندرية

١ - تمهيد وتقسيم

تختص المحاكم الوطنية بغض المنازعات التي تثور في إقليم الدولة سواء كانت هذه المنازعات ذات صفة وطنية بحث أم كانت تتضمن عنصراً أجنبياً .

فليس هناك حتى الآن هيئة قضائية دولية يمكن لها ان تنظر في المنازعات الخاصة بين الأفراد ولو تضمنت هذه المنازعات عنصراً أجنبياً واتسمت تبعاً لذلك بالطابع الدولي .

وتنفرد كل دولة بتحديد حالات اختصاص محاكمها بالمنازعات الخاصة المتضمنة عنصراً أجنبياً بمقتضى قواعد درج الفقه التقليدي على تسميتها « بقواعد الاختصاص القضائي الدولي » .

وكما يحدد قانون القاضى حالات الاختصاص بالمنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً على النحو السالف ، فان هذا القانون أيضاً هو الذى يحكم اجراءات الدعاوى المتعلقة بهذه المنازعات .

ومن هنا تبدو الأهمية الخاصة للفرقة بين مسائل الإجراءات والمسائل الموضوعية فى القانون الدولى الخاص . فبينما ينطبق على موضوع النزاع المتضمن عنصراً أجنبياً القانون الذى تشير قواعد الاسناد باختصاصه وطينا كان أم أجنبياً ، فان اجراءات الدعوى تخضع دائماً لقانون القاضى .

والحكم الصادر عن المحاكم الوطنية فى المنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً ينفذ عادة بمعرفة السلطات المختصة فى الدولة التى أصدرت محاكمها وهذا الحكم ووفقاً للاجراءات المنصوص عليها فى قانون هذه الدولة . اذ تحرص كل دولة عادة على تأكيد اختصاص قضائها بالمنازعات الخاصة ذات الطابع الدولى التى تعلم مقدماً أنها قادرة على كفالة آثار الحكم الصادر فى شأنها، كما لو كان المدعى عليه متوطن فى الدولة أو كان المال محل النزاع كائن بها.

ومع ذلك فقد يسعى المدعى الى ساحة القضاء الأجنبي ويستصدر حكماً مقررأ لحقه . وهنا تثار مشكلة مدى حجية الحكم الأجنبي أمام المحاكم الوطنية ، ومدى امكان تنفيذ هذا الحكم فى الدولة . وتتناول قواعد الاختصاص القضائى الدولى فى كل دولة تحديد آثار الحكم الأجنبي فى هذه الحالة وشروط تنفيذه .

ويبدو لنا بذلك ان دراسة تنازع الاختصاص القضائى الدولى تقتضى التعرض للأسس التى يقوم عليها اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات الخاصة ذات الصبغة الدولية ، وبيان اجراءات الدعوى فى مثل هذه المنازعات والقانون الذى يحكمها ، وأخيرا القواعد التى تحدد آثار الأحكام الأجنبية .

وعلى ذلك تنقسم الدراسة فى هذا الكتاب الى ثلاثة أبواب :

الباب الاول : فى الاختصاص القضائى الدولى .

والباب الثانى : فى القانون الواجب التطبيق على الاجراءات .

والباب الثالث : فى آثار الأحكام الأجنبية .

الباب الأول

الإختصاص القضائي الدولي

٢ - الإختصاص الدولي والإختصاص الداخلى للمحاكم

يراد باصطلاح الإختصاص القضائى الدولى *compétence internationale des juridictions* بيان القواعد التى تحدد ولاية محاكم الدولة فى المنازعات التى تتضمن عنصرا أجنبيا ازاء غيرها من محاكم الدول الأخرى ، وذلك بالمقابلة لقواعد الإختصاص الداخلى والتى تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة ازاء غيرها من محاكم نفس الدولة ^(١) .

فقواعد الإختصاص الدولى فى مصر تبين للقاضى المصرى ما اذا كانت المحاكم المصرية تختص بالنظر فى النزاع المطروح أمامه والمتضمن عنصرا أجنبيا من عدمه . فاذا تبين له أن النزاع مما يدخل فى اختصاص المحاكم المصرية بصفة عامة كان له الرجوع بعد ذلك الى قواعد الإختصاص الداخلى لبيان مدى اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع بالنظر الى غيرها من محاكم نفس الدولة .

ومن هنا تجب التفرقة بين قواعد الإختصاص الدولى للمحاكم والتى جرى الفقه على معالجتها فى مؤلفات القانون الدولى الخاص ، وبين قواعد

(١) ويمجرى جانب من الفقه الفرنسى على تسمية الإختصاص الدولى للمحاكم الفرنسية بـ « الإختصاص العام » *compétence générale* وذلك بالمقابلة للإختصاص الخاص لهذه المحاكم *compétence spéciale* أى اختصاصها الداخلى وفقا لقواعد المرافعات .

راجع Niboyet مغلول القانون الدولى الخاص - الجزء السادس - باريس سنة ١٩٤٩ ص ٢٨١ و Bartin مبادئ القانون الدولى الخاص الجزء الأول ص ٣١٠ .

الاختصاص الداخلى لهذه المحاكم والتي تعد من صميم موضوعات قانون المرافعات (١).

وإذا كانت دراستنا في هذا البحث تقتصر على قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية ، إلا أننا سنتعرض مع ذلك للمبادئ العامة في الاختصاص الداخلى بالقدر الذى يسمح لنا بإدراك الطبيعة الخاصة لقواعد الاختصاص الدولي . فلا شك أن القواعد التي تنظم الاختصاص بين المحاكم المختلفة في دولة معينة تختلف عن القواعد المنظمة لاختصاص قضاء هذه الدولة في مواجهة محاكم الدول الأخرى . فقواعد الاختصاص الدولي تتأثر الى حد بعيد بفكرة سيادة الدولة وحاجة المعاملات الدولية مما يضيف عليها طابع خاص يميزها عن قواعد الاختصاص الداخلى على نحو ما سنرى خلال هذه الدراسة (٢).

٣ - الطابع الوطني لقواعد الاختصاص القضائي الدولي

تستقل كل دولة بتحديد قواعد الاختصاص الدولي لمحاكمها في المنازعات

(١) ويجرى الفقه الألماني على بحث قواعد الاختصاص القضائي الدول بوصفها جزء من قانون المرافعات على اعتبار أن المشرع الألماني قد عالجها ضمن نصوص هذا القانون كما هو الحال في مصر . وقد انتقد البعض هذه النظرة الشكلية للأمور . ذلك أن وضع القواعد المنظمة للاختصاص الدول للمحاكم ضمن قانون المرافعات لا يبنى حقيقة واقعة وهي أن هذه القواعد تمثل الجانب الاجرائي لمشكلة تنازع القوانين . ومن ثم في بحثها خارج اطار القانون الدول الخاص تجاهل لهذه الحقيقة . راجع في ذلك : Gutteridge, *Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles* - بحث منشور في مجموعة محاضرات لاهاي ١٩٣٣ - الجزء الثاني - مجلد ٤٤ ص ١١٨ .

ويؤمن فقه المرافعات في مصر بهذه الحقيقة ويقرر صراحة أن دراسة قواعد الاختصاص الدول تعد جزءا من القانون الدول الخاص - دكتور جميل الشراوى - قواعد اختصاص المحاكم المدنية - محاضرات مطبوعة أقيمت على طلبة السنة الثالثة بكلية حقوق القاهرة ١٩٥٥ - ١٩٥٦ ص ٧ هامش (١) .

(٢) راجع تقديم Roger-Perrot لرسالة H. Bauer بعنوان : « الاختصاص القضائي الدول للمحاكم المدنية الفرنسية والألمانية » - دالوز ١٩٦٥ ص (١) .

المشتملة على عنصر أجنبي . فقواعد الاختصاص الدولي لا ترتبط كأصل عام - ورغم ما قد توحى به تسميتها - بقواعد القانون الدولي العام (١) . وإنما تضع كل دولة القواعد التي تحدد اختصاص محاكمها دوليا بما يحقق أهدافها الاجتماعية والاقتصادية التي ترمى إليها سياستها التشريعية . فالأمر لا يختلف من هذه الوجهة عن ما هو عليه الحال بالنسبة لقواعد الاختصاص الداخلى للمحاكم . فليس هناك إذن - كبداً عام - قواعد دولية تلزم الدول بعقد اختصاص محاكمها في أحوال معينة أو باستبعاد بعض المنازعات من اختصاص هذه المحاكم (٢) .

وترتبط هذه المشكلة بفكرة وطنية قواعد القانون الدولي الخاص بصفة عامة والتي أثارَت جدلاً فقهيًا كبيراً يخرج عن نطاق هذا البحث (٣) .

ومع ذلك فإذا كانت الوطنية في تقديرنا هي سمة قواعد القانون الدولي الخاص سواء ما تعلق منها بتنازع القوانين أو ما اتصل من هذه القواعد بالاختصاص القضائي الدولي ، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً . فهناك من قواعد القانون الدولي الخاص ما يستجيب إلى مبادئ القانون الدولي العام . بمعنى أن هناك من مبادئ القانون الدولي الخاص ما يتعين على كل دولة أن تأخذ به استجابة لالتزام دولي بموجب قواعد القانون الدولي العام ، فإن لم تفعل انعقدت مسئوليتها الدولية .

(١) راجع في تأكيد الطابع الوطنى لقواعد القانون الدولي الخاص بصفة عامة : Balogh, *Le rôle du droit comparé dans le droit international privé* بحث منشور في مجموعة محاضرات لاهى ١٩٣٦ . الجزء الثالث - مجلد ٥٧ ص ٥٨٠ .

(٢) راجع Niboyet المرجع السابق رقم ١٧١٦ - وضح عن البيان أن مقررنا في التن لا يتناقض مع التزام الدولة بتنظيم اختصاص محاكمها دوليا على وجه معين في بعض الفروض تنفيذاً لصيغتها بمقتضى الاتفاقات الدولية .

(٣) راجع في عرض الخلاف الفقهي حول هذه المشكلة Batiffol *مطول القانون الدولي الخاص - الطبعة الثالثة -* باريس ١٩٥٩ ص ٢٦ وما بعدها . وأنظر في عرض النظريات التي تربط القانون الدولي الخاص بقواعد القانون الدولي العام - Quadri . *دروس في القانون الدولي الخاص* ألفت على طلبه دبلوم القانون الخاص بجامعة الاسكندرية . العام الدراسي ١٩٥٤-١٩٥٥ ص ١٢ وما بعدها .

ولعلنا نجد أنخصب مجال لذلك الارتباط الاستثنائي لقواعد القانون الدولي الخاص بمبادئ القانون الدولي العام في نطاق بعض قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم . ويبدو ذلك بصفة خاصة بالنسبة لمبدأ الحصانة القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين من جهة ، وحق الأجانب في التقاضي أمام محاكم الدولة من جهة أخرى . ونحن نكتفي هنا بالتعرض لمدى حق الأجانب في التقاضي أمام محاكم الدولة على أن نتولى دراسة الحصانات القضائية تفصيلاً فيما بعد .

٤ - حق الأجانب في التقاضي أمام محاكم الدولة

يعتبر حق الأجنبي في اللجوء الى محاكم الدولة احد الحقوق اللازمة لحياته في اقليمها . فاذا كانت الدول المتمدينة تحول للأجانب حق التمتع في اقليمها بقدر من الحقوق لاغنى عنه لحياة الانسان . فيكون من الطبيعي ان تسمح لهم باللجوء الى قضائها والا أصبحت الحقوق المحولة لهم عديمة الجدوى (١) .

وحق الأجانب في اللجوء الى محاكم الدولة هو حق مقرر بمقتضى قواعد القانون الدولي العام . وهو يعد ضمن مجموعة الحقوق التي تشكل الحد الأدنى لما يتعين على الدولة أن تحوله للأجانب المقيمين في اقليمها من حقوق . ولذا فإن تجاهل الدولة له يعقد مسئوليتها الدولية على أساس انكارها للعدالة . وبالمثل تنعقد مسئولية الدولة لنفس السبب اذا حولت للأجانب حق التقاضي أمام محاكمها ولكنها جردتهم من الضمانات التي لاغنى عنها لحسن سير العدالة ، كما اذا أخلت بحقوقهم في الدفاع أو تعمد قضاؤها الاجحاف بهم لصفهم الأجنبية (٢) .

(١) راجع الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض . الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص الدول رقم ٢٢٧ ، ٢٢٨ . والدكتور شمس الدين الركيل . الجنسية ومركز الأجانب . الطبعة الثانية ١٩٦٠ - ١٩٦١ ص ٥٦٧ و Lerebours Pigeonniere et Loussouarn موجز القانون الدولي الخاص دالوز ١٩٦٢ ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ .

(٢) الدكتور حامد سلطان - القانون الدولي العام ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ .

ولم تكن الدول تسمح فيما مضى بحق الأجانب في اللجوء الى قضائها الوطني . ذلك أن مرفق القضاء كان امتيازاً للوطنين فقط . فهم دون غيرهم الذين يتمتعون بحق العدالة في الاقليم . ثم تغيرت الأوضاع بعد ذلك وتبين للدول أن حسن توزيع العدالة في الاقليم هو أمر يحسم صمم النظام العام والأمن الداخلي فيها ومن ثم فلا يجوز قصره على الوطنين فقط . بل يجب أن يشمل جميع من يتوطنون اقليم الدولة وطينين كانوا أم أجانب . (١)

ولعل تأثر بعض الدول حتى الآن بالأفكار العتيقة التي كانت سائدة فيما مضى هو الذي يفسر اعتناقها لنظام الكفالة القضائية *cautio judicium solvi* بالنسبة للأجانب . ففي فرنسا يتعين على الأجنبي تقديم هذه الكفالة إذا ما أراد اللجوء الى القضاء . ويفسر التزامه بتقديم الكفالة بأنه نوع من الضمان لا يمكن تحصيل المصروفات القضائية ودفع التعويضات التي قد تستحق على المدعى الأجنبي اذا ما أخفق في دعواه . كما يستهدف هنا الضمان أيضاً التقليل من الدعاوى الكيدية التي قد يرفعها أجنبي معسر . (٢) ولكن اذا كانت هذه هي حكمة الكفالة القضائية حقاً فلماذا يقتصر الالتزام بها على الأجانب دون الوطنين ؟ لاشك أن هذه التفرقة تشكل نوع من الاجحاف بخقوق الأجانب في اللجوء الى قضاء الدولة . (٣)

ومهما كان من أمر النقد السابق والموجه بحق الى التنظيم الفرنسي ، إلا أنه من العسر أن نصل الى حد القول بمخالفة هذا التنظيم لقواعد القانون

(١) الدكتور فؤاد رياض . المرجع السابق ص ٣٤٦ .

(٢) الدكتور فؤاد رياض . السابق ص ٣٤٥ وما بعدها - وانظر في نظام الكفالة القضائية بفرنسا Niboyet - دروس في القانون الدولي الخاص - الطبعة الثانية . باريس ١٩٤٩ رقم ٣٣٦ . ويلاحظ مع ذلك أن الأجنبي قد يعنى من تقديم الكفالة القضائية في فرنسا نياً لو كانت هناك معاهدة بين دولته وفرنسا تقرر هذا المعنى كما كان عليه الحال بمقتضى معاهدة لاهاي في ٧ يوليو ١٩٠٥ والتي وقعت عليها كل من فرنسا وألمانيا في ذلك الوقت .

راجع في ذلك : Françesckia, La compétence judiciaire internationale, Le droit int. prive de la famille en France et en Allemagne. Sirey 1954. p: 429.

(٣) الدكتور فؤاد رياض . السابق . ص ٣٤٦ .

الدولى العام . ذلك لأنه اذا كان العرف الدولى قد استقر كما بينا على تحويل الأجانب حق اللجوء الى القضاء بصفة عامة وتأكيد كفالة حقوقهم فى الدفاع وضمان قضاء عادل لهم ، الا أن هذا العرف لم يحدد بالتفصيل حدود ممارسة هذا الحق . ومن ثم تبقى هذه المسألة متركبة للتنظيم الوضعى فى كل دولة .

ه - قواعد الاختصاص القضائى وقواعد الاختصاص التشريعى (أوجه الشبه والخلاف بينهما) :

يتضح من دراسة تنازع القوانين أن قواعد الاسناد تشير بتطبيق أكثر القوانين المتزاحمة لملاءمة لحكم العلاقة المتضمنة عنصرا أجنبيا . أما قواعد الاختصاص القضائى الدولى فهى تحدد مدى اختصاص المحاكم الوطنية فى المنازعات المشتعلة على عنصر أجنبى . فكل من قواعد تنازع القوانين وقواعد تنازع الاختصاص تتميز بكونها تضع حدا لظاهرة التزاحم . كل مافى الأمر هو أن التزاحم يقع فى الحالة الأولى بين القوانين ، وفى الحالة الثانية يقع التزاحم بين محاكم الدول المختلفة .

ومع ذلك تختلف قواعد تنازع القوانين عن قواعد تنازع الاختصاص القضائى من حيث أن الأولى تعد قواعد غير مباشرة ، بمعنى انها لا تحسم النزاع المطروح أمام القاضى مباشرة وإنما هى تشير فقط الى القانون الواجب التطبيق على النزاع . أما قواعد تنازع الاختصاص القضائى فهى تفصل بطريقة مباشرة فى مدى اختصاص القضاء الوطنى بالنزاع المطروح أمامه^(١).

(١) واذا كان الأصل هو أن قواعد تنازع القوانين تتميز - خلافا لقواعد الاختصاص القضائى - بصفتها غير المباشرة على نحو ما بينا فى المتن ، إلا أن الفقه الحديث قد أكد مع ذلك وجود قواعد موضوعية فى قانون القاضى تنطبق مباشرة على المنازعات الخاصة الدولية فى بعض الفروض دون حاجة لإعمال قواعد الاسناد المزدوجة . وهذه القواعد والتي أطلق عليها الأستاذ فرنسكاكي إسم « القواعد ذات التطبيق المباشر » تحد من نطاق إعمال قواعد الاسناد المزدوجة . وبعبارة أخرى فإنه لوجه لإعمال قواعد الاسناد التقليدية إلا فى خارج نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر . راجع فى ذلك : Francescakis, Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois منشور فى Rev. crit ١٩٦٦ ص ١ وما بعدها . وراجع مؤلفنا فى تنازع القوانين . الاسكنيرية ١٩٦٩ رقم ٧ ، ١٢ .

ومن جهة أخرى تختلف قواعد تنازع القوانين عن قواعد تنسازع الاختصاص من حيث أن الأولى تعتبر قواعد مزدوجة بينما الثانية تعد قواعد مفردة الجانب . فقواعد تنازع القوانين لا تقتصر على الإشارة الى الحالات التي يطبق فيها القانون الوطني . وإنما هي تبين أيضا الأحوال التي ينطبق فيها القانون الأجنبي . والوضع يختلف بالنسبة لقواعد تنازع الاختصاص . إذ أن هذه القواعد تقتصر على بيان حالات اختصاص القضاء الوطني ولا شأن لها بتحديد اختصاص المحاكم الأجنبية (١) .

ومع ذلك فإذا كان الأصل في قواعد الاختصاص القضائي الدولي هو الإقليمية ، فإن هذا لا يمنع من امكان - بل ضرورة - الرجوع الى قواعد الاختصاص الأجنبية في بعض الأحيان . فسرى عند دراستنا لتنفيذ الأحكام الأجنبية أن من واجب القاضي أن يتحقق قبل اصدار الأمر بالتنفيذ مما اذا كان الحكم الأجنبي قد صدر عن محكمة مختصة ، وهو ما يقضى منه بالضرورة الرجوع الى قواعد الاختصاص القضائي في الدولة التي صدر الحكم من محاكمها . وهذا هو ما أسماه جانب من الفقه الفرنسي بالاختصاص العام غير المباشر للمحاكم الأجنبية بالمقابلة للاختصاص العام المباشر للمحاكم الوطنية (٢) .

(١) Batiffol المطول رقم ٦٨١ ، الدكتور فؤاد رياض السابق رقم ٤٤٥ . ويلاحظ أن الصفة المزدوجة لقاعدة الاسناد قد تكون صريحة كما هو الحال في مواد تنازع القوانين في القانون المصري وقد تكون ضمنية كما هو الشأن بالنسبة للمادة ٣ من القانون الملحق الفرنسي - راجع Quadri . دروس في القانون الدولي الخاص ملقاء على طلبه دبلوم القانون الخاص بجامعة القاهرة ١٩٥٥ - ١٩٥٦ ص ٤٨ .

(٢) راجع Bartin مبادئ القانون الدولي الخاص . باريس ١٩٣٠ ص ٣١٥ وما بعدها و Guttridge في بحثه السابق الإشارة اليه ص ١٢١ وما بعدها . بل وسرى نيا بعد أن هناك اتجاهًا قويًا في القضاء الفرنسي يرى ان تقدير مدى اختصاص المحكمة الأجنبية المراد تنفيذ حكمها في فرنسا يتم عن طريق إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية ذاتها ، وهو ما دعي البعض الى القول بأن قواعد اختصاص الدول الفرنسية تعد قواعد مزدوجة الجانب - راجع في ذلك : Bellet, La Jurisprudence du tribunal de la Seine en matière de : l'exequature des jugements étrangers . تقرير مقدم الى اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص . منشور بأعمال اللجنة ١٩٦٢ - ١٩٦٤ ص ٢٨٨ .

٦ - استقلال الاختصاص القضائي من الاختصاص التشريعي لا يحول دون تأثير كل منهما في الآخر

يتضح مما سبق أن قواعد الاختصاص القضائي تختلف من حيث موضوعها عن قواعد الاختصاص التشريعي . فالأولى تحدد مدى اختصاص المحاكم الوطنية ازاء المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي ، والثانية تعين القانون الواجب التطبيق على مثل هذه المنازعات .

والأصل أنه ليس هناك ما يحتم التلازم بين كل من الاختصاصين . بمعنى أن المحاكم الوطنية قد تختص بالفصل في نزاع ما وفقا لقواعد الاختصاص القضائي ومع ذلك تقضى قواعد الاسناد بتطبيق قانون آخر غير قانون المحكمة .

ويرجع ذلك الى أن الاعتبارات التي تقوم عليها قواعد الاختصاص القضائي لا تتطابق بالضرورة مع تلك التي يراعها الشارع عند وضعه لقواعد الاختصاص التشريعي . فقد تقضى قواعد الاختصاص بانعقاد ولاية المحاكم الوطنية بالنظر في نزاع معين لما في ذلك من مراعاة لاعتبارات الأمن والسلامة في الاقليم ، بينما تشير قواعد الاسناد بتطبيق قانون أجنبي على موضوع الدعوى باعتباره أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لطبيعة النزاع (١) .

فاذا أراد رومانياً يعيش في فرنسا بصفة دائمة أن يرفع دعوى الاعتراف بالبنوة ضد شخص من نفس جنسيته يتوطن هو الآخر في فرنسا فإن اعتبارات السلامة والأمن في الاقليم تستلزم القول باختصاص المحاكم الفرنسية بنظر هذا النزاع . اذ كيف يتأتى للمدعى أن يسعى للقضاء الروماني ويتكبد في سبيل ذلك مصاريف طائلة وصعوبات جمة تقعه في النهاية عن المطالبة

(١) Batiffol ص ٧٥٢ والدكتور عز الدين عبد الله . القانون الدولي الخاص المصري . الجزء الثاني . الطبعة الثانية ١٩٥٥ رقم ٤٤٠

بحقه . ومع ذلك فاذا كانت الضرورات الدابقة تقتضى اختصاص المحاكم الفرنسية بنظر هذا النزاع . فان اعتبارات الملاءمة قد تحم القول باختصاص القانون الرومانى بحكم هذه العلاقة . (١)

وقد حدث مع ذلك أن تتطابق الاعتبارات التى يقوم عليها كل من الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى كما هو الشأن مثلا بالنسبة لحماية التنظيم العقارى . وهو الأمر الذى يؤدى الى عقد الاختصاص القضائى لمحاكم الدولة والاختصاص التشريعى لقانونها أيضا . ولعل ذلك هو ما يفسر قاعدة اختصاص محكمة موقع العقار بالمنازعة فيه وقاعدة خضوع النزاع المنصب على العقار الى قانون موقعه . (٢)

وفى خارج الحدود السابقة يبنى الاختصاص القضائى مستقلا كبداً عام عن الاختصاص التشريعى . والواقع أن عدم التلازم بين كل من الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى هو شرط أساسى لقيام ظاهرة النزاع . اذ او كانت محاكم الدولة تطبق قانونها فى كل مرة ينعقد اختصاصها بالنزاع المطروح امامها لما وجد مجال لأى تنازع . (٣)

واذا كان الأصل هو استقلال كل من الاختصاص القضائى عن الاختصاص التشريعى فى خارج الحدود التى تتطابق فيها الاعتبارات التى يقوم عليها كل منهما : الا أن هذا لا يمنع أن يؤثر أحدهما فى الآخر . فقد يؤثر تعيين المحكمة المختصة على الاختصاص التشريعى حينما كما قد يتسأثر الاختصاص القضائى بالاختصاص التشريعى أحيانا أخرى .

(أ) أثر تعيين المحكمة المختصة على الاختصاص التشريعى

يبدو أثر تعيين المحكمة المختصة على تعيين القانون الواجب التطبيق بصفة

(١) Batiffol ص ٧٥٢

(٢) Bauer فى رسالته رقم ١٠٠ - الدكتور عز الدين عبد الله ص ٤٤٠ هاش (١) .

(٣) Batiffol رقم ٦٨٢ والدكتور فؤاد رياض رقم ٤٤٩ .

خاصة في الأحوال الآتية :

١ - نحن نعلم أن قواعد الاسناد قد تختلف من دولة الى أخرى . فاذا كان صحيحا أن هناك بعض القواعد التي تكاد تجمع الدول المختلفة على الأخذ بها مثل قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه وشكل التصرف لقانون بلد ابرامه ، الا أن الأمر لا يجرى على هذا المنوال بالنسبة لقواعد التنزع جميعها . فقد ترى دولة معينة اخضاع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج بينما ترى أخرى اخضاعه لقانون موطنه وهكذا . ولا شك أن اختلاف قواعد الاسناد من دولة لأخرى على الوجه السالف يوضح مدى أثر تعيين المحكمة المختصة على القانون المطبق على موضوع الدعوى .

والأمر لا يختلف بالنسبة لقواعد الاحالة . فقد يأخذ قانون الدولة التي رفع النزاع أمام محاكمها بفكرة الاحالة مثل فرنسا ، بينما ترفض غيرها تطبيق هذه الفكرة كما هو الحال في مصر (مادة ٢٧ مدني) ، مما قد يترتب عليه في النهاية اختلاف القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى وفقاً لما اذا كان النزاع قد رفع أمام المحاكم المصرية أو الفرنسية .

وأخيراً يلاحظ أن معظم دول العالم قد تأثرت بفقه الاستاذ بارتن في شأن اخضاع التكييف لقانون القاضى (المادة العاشرة من القانون المدني المصري) . وعلى ذلك فان انعقد اختصاص محاكم الدولة بالنظر في نزاع معين فان القاضى سيبدأ أولاً بتكييف العلاقة محل البحث كسألة أولية لكي يدرجها في فكرة من الأفكار المسندة في قانونه تمهيداً لتطبيق القانون الذي تشير به قاعدة الاسناد الخاصة بهذه الفكرة . فاذا عرفنا أن تكييف العلاقة محل النزاع على وجه معين واعطاءها الوصف القانوني السليم هو أمر يختلف من نظام قانوني الى آخر لأدركنا بسهولة كيف يؤثر ذلك في النهاية على القانون الواجب التطبيق . فقد تعتبر النفقة المؤقتة التي تطالب بها الزوجة أثناء نظر دعوى الطلاق من آثار الزواج في دولة ما ، بينما قد تكيف هذه

التفقة في دولة أخرى على أنها من مسائل الاجراءات الوقتية أو من تدابير الأمن المدني . ولا شك أن الاختلاف في تكييف التفقة بين الدولتين في المثال السابق تبعاً لنظرة النظام القانوني الذي تتبعه المحكمة المطروح أمامها النزاع لها . سيؤدي بالضرورة الى اختلاف القانون الواجب التطبيق حتى لو تطابقت قواعد الاسناد في الدولتين . (١)

٢ - ومن جهة أخرى فنحن نعلم ان القاضي قد يكون ملزماً برفض تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الاسناد باختصاصه اذ ما تعارض تطبيقه مع النظام العام . ولما كانت فكرة النظام العام متغيرة بحسب الزمان والمكان . امكن تصور مدى تأثير انعقاد اختصاص محاكم دولة معينة بنظر النزاع على القانون المنطبق على موضوعه . فقد يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام محاكم دولة معينة لخالفته للنظام العام ، بينما تقوم محاكم دولة أخرى بتطبيق نفس هذا القانون لعدم تعارضه مع الأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة فيها . (٢)

٣ - وأخيراً فقد يترتب على الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة أثر غير مباشر على الاختصاص التشريعي . ذلك أن القاضي الوطني قد لا يحسن في بعض الأحيان تفسير القاعدة الأجنبية الواجبة لتطبيق : خاصة اذا كانت هذه القاعدة تنتمي الى نظام قانوني يختلف جوهرياً عن قانون القاضي . فالقاضي الفرنسي مثلاً قد يجد صعوبة كبيرة في تفسير القانون الانجليزي الذي ينتمي الى عائلة قانونية تختلف تماماً عن القوانين اللاتينية . وقد يؤدي ذلك الى الحكم في الدعوى على وجه يختلف تماماً عما لو كان النزاع قد أثر أصلاً أمام القضاء الانجليزي أو أمام قضاء دولة أخرى تنتمي الى أسرة القانون الأنجلو - سكسوني . ويساعد على تحقق هذه النتيجة ما استقر عليه

(١) راجع في ذلك Niboyet المطول جزء ٦ ص ٢٦٠ ، ٢٦١ .

(٢) Niboyet السابق ص ٢٦١ .

قضاء محكمة النقص الفرنسية في شأن عدم رقابتها على تفسير القانون الأجنبي. (١)

وأكثر من ذلك فإن جهل القضاة في بعض الأحيان بمضمون القانون الأجنبي وعدم رغبتهم الأكيدة في بذل الجهد وتقصى حقيقة مضمونه وفحواه قد يدفعهم الى تطبيق القسانون الوطنى خلافا لما تقضى به قاعدة الاسناد بحجة تعدد اثبات القانون الأجنبي أو مخالفته للنظام العام. (٢)

ويتضح من ذلك أن مدى استعداد قضاة الدولة الى اختصاصت محاكمها بنظر النزاع لبذل الجهد في سبيل الكشف عن مضمون القانون الأجنبي يؤثر في النهاية على مدى التطبيق الفعلى لهذا القانون ، وبالتالي على مدى احترام قواعد الاختصاص التشريعى في الدولة .

(ب) أثر تعيين القانون الواجب التطبيق على الاختصاص القضائى

قد يؤثر الاختصاص التشريعى على الاختصاص القضائى لمحاكم الدولة .
ويبدو ذلك بصفة خاصة في الأحوال الآتية : -

١ - قد يؤدى اختصاص القانون الأجنبي بحكم النزاع الى تخلى المحاكم الوطنية عن النظر فيه . من ذلك ما ذهب اليه القضاء الفرنسى بالنسبة للمنازعات المتصلة بحالة الأشخاص الأجانب من امكان تخلى المحاكم الوطنية عن نظر هذه المنازعات ليتولى القضاء الأجنبي الفصل فيها (٣) . وقد تأثر المشرع

(١) ولا يغير من هذا الوضع كون المحكمة قد استقرت أخيرا على فرض رقابتها على مسخ القانون الأجنبي . اذ يظل تدخلها في هذا الفرض مرهونا بمدى رغبتها في ممارسة هذه الرقابة -
وراجع في هذا الموضوع Loussouarn في تقرير تحت عنوان : Le contrôle par la cour de cassation de l'application des lois étrangères.
للقانون الدول الخاص . ١٩٦٢-١٩٦٤ ص ١٥٣ . وانظر كذلك رسالتنا في مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطنى رقم ٤٤٢ وما بعده .

(٢) الدكتور عبد المنعم اليدرأوى . أصول القانون الملحق بالمقارن ص ١٠٤ - وراجع في ذلك بالتفصيل رسالتنا السابق الاشارة اليها رقم ١٥٦ وما بعده .

(٣) Niboyet جز ٦ ص ٢٦٤ .

المصرى بهذا النظر في قانون المرافعات الملغى حينما تحول للمحاكم المصرية - رغم اختصاصها بنزئ النزاع - الحق في تكليف المدعى برفع دعواه أمام محاكم الدولة التى ينتمى إليها جميع الخصوم بمنسيتهم اذا كان رفع الدعوى أمامها جائزا . وكان قانون هذه الدولة هو الواجب التطبيق ، وذلك بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية المشار إليها فى المادتين ٨٦١ و ٨٦٢ و ٨٦٢ من قانون المرافعات القديم . (راجع المادة ٨٦٥ مرافعات) .

٢ - ويرى البعض أن على المحاكم الوطنية أن تقضى بعدم اختصاصها اذا كان القانون الأجنبى الواجب التطبيق يقتضى من القاضى اتخاذ اجراء غريب عن دوره المعتاد كما تعرفه النظم الوطنية . ويبدو ذلك بصفة خاصة بالنسبة للمسائل التى تستلزم تدخل القاضى بمقتضى سلطته الولائية . من ذلك مثلا ما قررته بعض الأحكام فى ألمانيا من أنه لا يجوز للقاضى أن يقوم بالتصديق على عقد تبني شخص أجنبى راشد بعد تقرير مدى ملاءمته للأجنبى المطلوب تبنيه . مادام أن القانون الوطنى (القانون الألمانى) لا يستلزم رقابة المحكمة على عقود التبني الا فى الأحوال التى يكون فيها المتبنى قاصرا أو عديم الأهلية . فى هذه الحالة تضطر المحكمة - وفقا لهذا رأى - الى الحكم بعدم اختصاصها لجرد أن القانون الأجنبى الواجب التطبيق يستلزم اتخاذ اجراء معين فى حالة لم ينص عليها القانون الوطنى . (١)

ونحن لا نتفق مع رأى السالف فيما انتهى اليه . وقبل أن ندلى بالرأى الذى نراه الصواب نشير الى وجوب التحقق أولا مما لو كان تصديق المحكمة على عقد التبني فى المثال السابق يعتبر من المسائل الموضوعية التى تخضع لقانون الجنسية أو أى قانون آخر تشير به قاعدة الاسناد ، أم أنه يعد من قبيل الاجراءات وتخضع بالتالى لقانون القاضى . اذ لو كان تصديق المحكمة بعد من مسائل الاجراءات فعلى القاضى أن يطبق قانونه . ولما كان

(١) راجع هذا الاتجاه معروضا فى رسالة Bauer السابق الاشارة إليها رقم ١٨ مكرر .

الأجنبي المطلوب تبنيه راشداً في حالتنا فإن انعقد يكون صحيحاً وفقاً للقانون الوطني (الألاني) دون حاجة لتصديق القاضي ورقابته على العقد .

أما لو قلنا أن تصديق القاضي على عقد التبني وتخويله سلطة مراقبة مدى ملاءمة هذا العقد هو إجراء يهدف إلى حماية الشخص المطلوب تبنيه ، فإن هذا الإجراء يعد وفقاً لهذا القول من المسائل الموضوعية ويخضع بالتالي لقانون الجنسية (القانون الأجنبي في حالتنا) . وإذا انتهينا من تكييف الإجراء السالف على هذا الوجه فلنا أن نتساءل بعد ذلك عما إذا كان من المتعين على القاضي أن يحكم بعدم اختصاصه في هذه الحالة لمجرد أن القانون الوطني لا يستلزم التصديق على عقد التبني إلا في حالة ما إذا كان الشخص المطلوب تبنيه قاصراً .

ولاشك عندنا في صحة ما قرره البعض من أنه يجب على القاضي أن يقوم برقابة الملاءمة على عقد التبني رغم كون الشخص المطلوب تبنيه راشداً ، وذلك أعمالاً للقانون الأجنبي الواجب التطبيق . ولا يقلل من صحة هذا التذلل كون القاضي سيخرج بذلك عن الحدود التي رسمها القانون الوطني لممارسة هذه الرقابة . ذلك أن دور القاضي في هذه الحالة ليس غريباً كلية عن دوره المعتاد وفقاً للقانون الوطني (١) .

وإنما تثار الصعوبة في حالة ما إذا استلزم القانون الأجنبي الواجب التطبيق على موضوع الدعوى اتخاذ إجراء لا يتفق بالمرّة مع دور القاضي المعتاد وفقاً للمبادئ العامة السائدة في قانونه . ولعله من الخير في هذه الحالة أن نرجع إلى قناصل الدولة الأجنبية لاتخاذ الإجراء المطلوب وفقاً للقانون الأجنبي حتى لو لم يكن هناك ثمة اتفاق دولي بين دولة القاضي والدولة التي يطبق قانونها في هذا الشأن (٢) . أما إذا تعلل الالتجاء إلى هذه الوسيلة

(١) Bauer السابق من ٢١ وراجع Motulsky في تقرير تحت عنوان :

Les actes de juridiction gracieuse en dr. int. privé

منشور في أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص ١٩٤٨ - ١٩٥٢ من ٢٣ .

(٢) Batiffol المطول من ٤٨٠ .

فيبدو أن القضاء الفرنسي يرى أنه لا مفر في هذه الحالة من الحكم بعدم الاختصاص . وهذا ما قرره بالفعل محكمة النقض الفرنسية حينما قضت بعدم اختصاص القضاء الفرنسي بالنظر في دعوى طلاق امرأة روسية الجنسية ذات أصل يهودى لكون القانون الروسى في ذلك الوقت يخول للسلطات الدينية الوطنية دون غيرها الاختصاص بإيقاع هذا الطلاق ، وهو اجراء غريب عن القانون الفرنسى الذى لا يعرف الا التنازع المسمى للزواج . (١)

ومهما كان من أمر تكييف اختصاص الهيئات الدينية بإيقاع الطلاق وما اذا كان ذلك يعد من قبيل الاجراءات التى تخضع لقانون القاضى أم يعتبر من المسائل الموضوعية التى تخضع لقانون الجنسية (٢) . فعندنا أنه حتى لو اعتبر الأمر هنا مما يتصل بالموضوع فلا يصح مع ذلك ان تحكم المحكمة بعدم اختصاصها واحالة الخصوم الى السلطات الدينية في دولتهم لمجرد تعذر اتخاذ هذا الاجراء وغرابته عن التنازع القانونى الوطنى . فقل هذا الحل الذى انتهى اليه القضاء الفرنسى يودى لاشك الى انكار العدالة (٣) . ذلك أن الالتجاء الى السلطات الأجنبية قد يكون متعلنا كما هو الوضع الغالب في العمل ، بالنظر لتوطن الخصوم عادة في الدولة التى رفع النزاع أمامها محاكمها . فاذا كان الفقه والقضاء قد استقر في كل من فرنسا ومصر على وجوب تطبيق القانون الوطنى اذا استحال على المحكمة الكشف عن مضمون القانون الاجنبى لما في الحكم برفض الطلب في هذه الحالة من انكار

(١) راجع نقض فرنسى (الدائرة المدنية) ٢٩ مايو ١٩٠٥ - سيراى ١٩٠٦ الجزء الاول ص ١٦١ مع تعليق Pillat .
(٢) ويرى البعض بحق أن الشكل الدينى الطلاق يعد في فرنسا من مسائل الاجراءات التى تخضع لقانون القاضى . وعلى ذلك تخصص المحاكم الفرنسية بطلاق الأجانب حتى لو كان قانون جنسيتهم يشترط تدخل السلطات الدينية لإيقاع الطلاق . Batiffol المطول رقم ٤٦٥ .
(٣) Bauer السابق رقم ٢٤ و Pillat . مطول القانون الدولى الخاص . الجزء الاول ص ٦١٩ وما بعدها .

للعادة (١) . فإن الحل ينطبق بالمثل على الحالة محل البحث حيث يتعين تطبيق القانون الأجنبي بسبب غرابة الاجراء الذي يتطلبه عن النظام الوطنى .

ولعل هذا الاعتبار هو الذى حدا بالفقه الى توجيه سهام نقده الخارج لحكم محكمة النقض السابق مقرر ضرورة تطبيق القانون الوطنى على دعوى الطلاق واستبعاد القانون الأجنبي فى هذه الحالة باسم النظام العام لمخالفته لمبدأ اساسى . هو استقلال كل دولة بتنظيم اختصاصها القضائى . فتطبيق القانون الأجنبي الذى لم يكف بالتتنظيم الموضوعى للطلاق بل استلزم فوق ذلك اختصاص سلطات وطنية معينة دون غيرها بالنظر فيه - كما هو الحال فى المثل السالف - بشكل خرقا لحق الدولة فى تنظيم اختصاص قضائها على الوجه الذى تراه . (٢)

ونحن نتفق مع الرأى السابق فى التحليل الذى أتى به تبريرا لتطبيق القانون الوطنى عند تعلل اتخاذ الاجراء الذى يتطلبه القانون الأجنبي فى دولة القاضى . كل ما فى الأمر هو أننا نرى - خلافا للرأى السابق - ألا يستبعد القانون الأجنبي كلية باسم النظام العام وانما ينحصر استبعاده فى الحدود التى يتعارض فيها فقط مع هذه الفكرة . (٣)

وعلى ذلك يتعين فى رأينا تطبيق القانون الأجنبي فيما عدا ما قرره هذا القانون فى شأن اختصاص السلطات الدينية دون غيرها بايقاع الطلاق . وبذلك تختص المحاكم الوطنية بنظر دعوى الطلاق تطبيقا للقانون الوطنى مع رجوعها فى شأن شروط الطلاق وآثاره الى القانون الأجنبي

(١) راجع رسالتنا فى مركز القانون الاجنبى السابق الاشارة اليها رقم ٢٩٦ وما بعده وأنظر عكس هذا الرأى Quadri السابق من ٦٨ .

(٢) راجع فى ذلك Bischoff, La compétence du droit Français dans le règlement des conflits de lois رسالة مقدمة الى جامعة ستراسبورج - باريس ١٩٥٩ من ١٨٣ .

(٣) راجع فى مدى أثر النظام العام فى استبعاد القانون الواجب التطبيق Maury القواعد العامة فى تنازع القوانين . بحث منشور فى مجموعة محاضرات لاهوتى ١٩٣٦ الجزء الثالث مجلده ٥٧ - من ١٤ والدكتور شمس الدين الوكيل فى دروسه على طلبه ليسانس الحقوق السابق الاشارة اليها من ٦١ - وعكس هذا الرأى Bischoff السابق من ١٨٤ .

اقتصر (١). وهى نفس النتيجة التى كان يمكن الوصول اليها اذا ما أخذنا بتكييف تدخل السلطات الدينية فى ايقاع الطلاق على أنه من مسائل الاجراءات التى تخضع لقانون القاضى .

وانما يبقى للرأى الذى نقول به أهميته فى خارج هذه الحدود . اذ حتى لو انتهينا فى تكييف الاجراء الدينى الذى يتطلبه القانون الأجنبى الى كونه من المسائل النصبقة بالموضوع والتى تخضع بالتالى للقانون الأجنبى (٢) ، فيجب مع ذلك أن نقتصر على استبعاد هذا الاجراء - مادام أنه غريب تماما عن النظام الوطنية - وابداله بالاجراء المماثل فى قانون القاضى تجنباً لانكسر العدالة وهى النتيجة التى تتعارض فى رأينا مع النظام العام .

ونتهى بذلك الى أن هناك اتجاهها قويا فى القضاء الفرنسى يرى انه اذا تطلب القانون الأجنبى اتخاذ اجراء غريب تماما عن المبادئ العامة فى الدولة التى تختص بحاكمها بنظر النزاع فان على القاضى أن يحكم فى هذه الحالة بعدم اختصاصه . ورغم انتقادنا السالف لهذا الاتجاه الا أنه قد أوضح لنا على أى حال كيف يودى انعقاد الاختصاص التشريعى للقانون الأجنبى فى بعض الأحيان الى سلب الاختصاص القضائى لمحاكم الدولة خلافاً للأصل العام فى شأن استقلال الاختصاص التشريعى عن الاختصاص القضائى .

٣- وهناك حالة خاصة يجمع فى شأنها الفقه والقضاء فى كافة دول العالم على اختصاص المحاكم الوطنية بالفصل فى الطلب المقدم اليها حتى لو كان الاجراء الذى يتطلبه القانون الأجنبى الواجب التطبيق على النزاع غريباً

(١) وقد أدخلت بهذا الاتجاه محكمة باريس فى حكمها الصادر فى ٩ يناير ١٩٤٣ سىرى ١٩٤٣ - الجزء الثانى - رقم ٢٩ مع تعليق Niboyet - حيث طبقت المحكمة القانون الاسابى على طلب الانفصال الجسدى بين زوجين أسبانين مع استبعادها لتصور هذا القانون المتعلق بالشكل الدينى لهذا الاجراء .

(٢) من هذا الرأى Louis - Lucas - راجع مقاله المنشور فى دراسات مورى الجزء الأول تحت عنوان : La distinction du fond et de la forme dans le règlement de conflits de lois. P 195

تماما عن دور القاضى المعتاد وفقا للقانون الوطنى . ونحذث ذاك بالنسبة للطلبات ذات الصفة الوقتية والعاجلة . فلم يتشكل أحد فى أن على القاضى فى هذه الحالة أن يتخذ الاجراء المماثل فى القانون الداخلى حفاظا على الحقوق المتنازع عليها . (١)

ويرجع البعض اختصاص القضاء الوطنى بالاجراءات الوقتية والعاجلة بصفة عامة الى كون قانون القاضى هو الذى يجب تطبيقه أصلا فى هذه الحالة سواء بصفته من قوانين البوليس والأمن المدنى (٢) : أو بصفته القانون الذى يحكم الاجراءات (٣) . وهم يرون فى هذا الفرض مثالا للحالات التى يتأثر فيها الاختصاص القضائى بالاختصاص التشريعى (٤) . اذ تختص المحاكم الوطنية بالطلبات ذات الصفة العاجلة كنتيجة لاختصاص القانون الوطنى بحكم مثل هذه المنازعات (٥) .

ونحن نعتقد مع البعض الآخر ان اختصاص المحاكم الوطنية يقوم فى هذه الحالة على اعتبارات لا شأن لها بالقانون الواجب التطبيق . فشكلة مسدى اختصاص المحاكم الوطنية أصلا بالتزاع المطروح أمامها هى مشكلة أولية

(١) Batiffol المطول رقم ٣٥٢ ورقم ٤٢٥ و Bischoff السابق ص ١٩٨ وما بعدها وراجع نقض فرنسى ٧ مايو ١٩٢٨ Sirey ١٩٢٨ الجزء الأول ص ٢٣٨ . ومثال المسائل العاجلة طلب تعيين وصى على القاصر الأجنبى الذى توفى والده .

(٢) راجع نقض فرنسى ٢٠ يوليو ١٩١١ - Sirey ١٩١٢ الجزء الأول ص ١٣٢ .
شار اليه فى Bischoff المرجع السابق .

(٣) حكم محكمة باريس ٤ أبريل ١٩٥٢ . Rev. crit. ١٩٥٢ ص ٧٣٩ مع تعليق G.H. وانظر فى الاختلاف حول أساس تطبيق قانون القاضى فى هذه الحالة Bischoff السابق ص ٢٠٠ .

(٤) Niboyet جزء ٦ رقم ١٧٩٩ . ومن هذا الرأى فى مصر الدكتور عز الدين عبد الله .
الطبعة السادسة رقم ١٨٩ .

(٥) وراجع Francescakis, La compétence judiciaire int.
مقال منشور فى Le droit int. privé de la famille en France et en Allemagne
باريس ١٩٥٤ ص ٤٣٦ .

يجب الفصل فيها قبل البت في مسألة القانون والواجب التطبيق (١) . فإذا كان من المتصور أن ينعقد اختصاص المحكمة بالتزاع ثم تؤدي واقعة اختصاص القانون الأجنبي بحكم هذا التزاع الى تغل المحكمة عن اختصاصها في حالات معينة كما رأينا في الأمثلة السابقة . فانه من غير المستساغ على العكس أن يؤدي الاختصاص التشريعي ابتداء الى الاختصاص القضائي .

وواقع الأمر أن اختصاص المحاكم الوطنية بالطلبات الوقتية والعاجلة يرجع الى ما في ذلك من ضرورة لحماية الأشخاص والأموال في الدولة وهو الأمر الذي تستلزمه اعتبارات الأمن والسكينة في المجتمع . . وهي اعتبارات ترد بدورها الى فكرة النشأ العام . (٢)

ولعل نفس هذه الاعتبارات هي التي أملت تطبيق القانون الوطني في الفروض السابقة . فاختصاص المحاكم الوطنية بالطلبات العاجلة وتطبيق القانون الوطني في شأنها على النحو الذي يبينه يرجع اذن الى تطابق الاعتبارات التي يقوم عليها كل من الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في هذه الحالة .

٤ - وإذا كان الأصل هو أن ثبوت الاختصاص التشريعي لقانون الدولة لا يجلب في ذاته الاختصاص القضائي لمحاكمها ، فان هناك حالات استثنائية ينص فيها المشرع صراحة على اختصاص المحاكم الوطنية بالدعوى اذا كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق على موضوع التزاع . من ذلك الحكم الوارد في المادة ٣٠ / ٧ من قانون المرافعات الجديد : وهو حكم خاص بمواد الأحوال الشخصية . وسنرجع الى دراسة هذا النص وتعليقه بالتفصيل في موضع آخر من هذا البحث . وهو على أي حال مثال استثنائي يبين كيف ينعقد اختصاص المحاكم الوطنية بالتزاع بمجرد أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق على هذا التزاع .

(١) Bauer في رسالته السابق الاشارة اليها رقم ١٠٩ .

(٢) Bauer السابق Batiffol المطول رقم ٤٦٨ .

٢- تقسيم

ستولى في هذا الباب أساساً دراسة قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية .

ولكى نحسن فهم هذه القواعد وتقديرها فلا بد من التعرض للمبادئ العامة في الإختصاص القضائي الدولي والمستخلصة من الدراسة المقارنة للنظم الوضعية المختلفة . ذلك أن المشرع المصرى قد استجاب الى حد كبير ، عند وضعه لقواعد الإختصاص القضائي الدولي لمحاكم الجمهورية ، للمبادئ العامة في الإختصاص الدولي السائدة في معظم دول العالم . ومن هنا تبدو أهمية دراسة هذه المبادئ العامة . إذ يتعين في ضوءها تفسير القواعد الوضعية المنصوص عليها في القانون المصرى .

ودراسة قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية على هذا النحو يفترض بداهة أن التزاع المطروح أمام القضاء يخضع للولاية الإقليمية للقضاء المصرى . إذ لو كان التزاع يخرج عن ولاية القضاء الوطنى بمقتضى العرف الدولي لما كان هناك وجه لإعمال قواعد الإختصاص القضائي ابتداء . فحق الدولة في تنظيم إختصاص محاكمها لا يتأنى إلا في الحدود التى تملك فيها سلطة القضاء في الإقليم . وسرى فيها بعد أن سلطة الدولة في القضاء في إقليمها ليست مطلقة . وإنما تتقيد هذه السلطة بقيود تفرضها مبادئ القانون الدولي العام . وتمثل هذه القيود في حق الدولة الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين في التمتع بالحصانة القضائية في مواجهة القضاء الوطنى .

وتبدو لنا بذلك أهمية دراسة الحصانة القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين . فهى دراسة لازمة يتعين التصدى لها قبل التعرض لقواعد الإختصاص القضائي الدولي . ذلك أن دراسة الحصانات القضائية يلقي الضوء على حدود سلطة الدولة في القضاء في إقليمها . وهى الحدود التى لا يجوز للدولة أن تتعداها عند وضعها لقواعد الإختصاص القضائي الدولي لمحاكمها ، وإلا انعقدت مسئوليتها الدولية .

وفي ضوء ما تقدم نقسم الدراسة في هذا الباب الى ثلاثة فصول .

الفصل الاول : في الحصانة القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها وممثلها
الدبلوماسيين .

الفصل الثاني : في المبادئ العامة في الاختصاص القضائي الدولي .

الفصل الثالث : في قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية .

الفصل الأول

الحصانة القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها

وممثلها الدبلوماسيين

٨ - أساس الحصانة في القانون الدولي العام

تتمتع الدولة وفقاً لعرف دولي مستقر بالحصانة القضائية في مواجهة القضاء الوطني للدول الأخرى .

والحصانة القضائية على هذا النحو هي أمر لا يخص الدول فقط . بل إن العرف الدولي قد إستقر أيضاً على تمتع رؤساء الدول وممثلها الدبلوماسيين بالحصانة في مواجهة قضاء الدول الأخرى (١) .

وأساس الحصانة القضائية للدول الأجنبية وفقاً لما إنتهى إليه الفقه الراجح هو مبدأ المساواة القانونية بين الدول أعضاء الجماعة الدولية .
فاذا كانت الدول جميعها تتساوى أمام القانون وتتمتع كل منها بالسيادة والاستقلال ، فلا يجوز أن تقوم إحداها بمقاضاة الأخرى أمام محاكمها وإلا أخلت بمبدأ المساواة (٢) .

(١) ويلاحظ أن للمنظمات الدولية لا تتمتع بالحصانة القضائية وفقاً للرأي الراجح إلا لو نص على ذلك في الإتفاق الخاص بإنشائها أو في أي إتفاق لاحق . ويرجع ذلك إلى حداثة نشأتها وعدم إستقرار العرف الدولي بعد على تقرير حصانتها . راجع في ذلك Niboyet مطول القانون الدولي الخاص باريس ١٩٤٩ . الجزء السادس رقم ١٧٧٤ .

(٢) راجع Arminjon موجز القانون الدولي الخاص . باريس ١٩٥٢ . الجزء الثالث ص ٢١٧ وما بعدها Batiffol المطول طبعة ١٩٥٩ رقم ٧٠٥ و Niboyet المطول ج ٦ ص ٣٤٢ وما بعدها Chechire القانون الدولي الخاص . أكسفورد الطبعة السادسة رقم ٤٧ .
وأنظر مع ذلك أستاذنا الدكتور فؤاد رياض . الحصانة القضائية للدولة . مستخرج من مجموعة محاضرات الحلقة الدراسية للموسم الثقافي التي أقيمت بدار الجمعية المصرية للقانون الدولي عام ١٩٦٤ ص ٥٨ وما بعدها . وهو يرى أن أساس الحصانة القضائية للدول الأجنبية هو نفس الأساس الذي تقوم عليه كافة قواعد القانون الدولي الخاص ، أي التمايش المشترك بين الدول .

ويرفض جانب من الفقه هذا التأثير . على أساس أن إعفاء الدول من الخضوع لقضاء دولة أخرى يعد إعتداء على سيادة هذه الأخيرة . ففكرة الحصانة تقوم على أفكار عتيقة من مخلفات الماضي تدعى أن الدولة ذات السيادة فوق القانون وتتمتع بمركز ممتاز حتى أمام قضائها الوطني (١) .

ونحن لا نتفق مع هذا الرأي في إطلاقه لأن حرمان الدولة من حصانها أمام قضاء الدول الأخرى في جميع الأحوال قد يؤدي إلى الإضطراب في العلاقات الدولية . بل وإنه يتعارض - من الوجهة العملية - مع مبدأ سيادة الدولة واستقلالها . فان كان صحيحا أن مبدأ الشرعية قد يقتضي خضوع المنازعات الخاصة التي تكون الدولة الأجنبية طرفاً فيها - مثلها في ذلك مثل الدولة صاحبة الإقليم - لولاية القضاء الوطني ، إلا أن هذا المبدأ المثالي يقوم على إفتراض نزاهة القضاء الوطني وحياده إزاء المنازعات التي تكون الدولة الأجنبية طرفاً فيها وهو ما يصعب التسليم به في جميع الأحوال . ذلك أن تدخل الإعتبارات السياسية قد يؤدي بالقضاء إلى عرقلة نشاط الدولة الأجنبية أو معاملتها على وجه يتنافى مع سيادتها وكرامتها في مواجهة الدول الأخرى . فمن العسير أن نسلم بتجرد القضاء تماماً في مثل هذه المنازعات عن التأثير بأهواء السلطة التنفيذية ، أو على الأقل بتجرده عن الإعتبارات الوطنية والتي قد تدفعه في النهاية إلى إتخاذ موقف أقل ما يوصف به أنه بعيد عن الحيده الواجبة في المنازعات الخاصة الدولية .

ولعل هذه الإعتبارات هي التي دفعت جانباً من الفقه المناهض لمبدأ الحصانة إلى التسليم مع ذلك بهذا المبدأ في بعض الفروض حفاظاً على سيادة

(١) راجع في ذلك : المذكورة عائشة راتب . التنظيم الدبلوماسي والتمثيل . القاهرة ١٩٦٣ ص ٢٦ . وأنظر هذا الإنجاء في الفقه الأنجلو سكوت : Lord Denning .
Schmitthoff, L'immunité de juridiction des états souverains et le commerce international

مشور في
Aspects juridiques du commerce avec les pays
d'économie planifiée, Paris 1961. Traduction par Simon - Depitre
p 181 et s.

الدول الأجنبية وكرامتها (١) .

ومهما كان من أمر الاتجاه المناهض للحصانة من وجهة نظر السياسة التشريعية ، فإن الأمر الذى لا شك فيه هو أن العرف الدولى قد استقر على تمتع الدول بالحصانة القضائية أمام قضاء الدول الأخرى (٢) .

ومع ذلك فإنه يجب الاعتراف بأن الاتجاه السالف قد نبه الأذهان إلى خطورة التوسع في أعمال فكرة الحصانة وضرورة النظر في وضع القيود التى تحد من نطاقها ، بحيث ينحصر تمتع الدول بالحصانة القضائية في الفروض التى تتحقق فيها الغاية التى من أجلها تقرر مبدأ الحصانة على نحو ما سئرى فيها بعد (٣) .

أما عن الحصانة القضائية لرؤساء الدول الأجنبية ، فقد أكد جانب من الفقه أن أساسها هو فكرة المحاملة الدولية لشخصهم ، وهو نفس الأساس الذى تقوم عليه الحصانة القضائية للدولة في نظر هذا الرأى (٤) .

ويقر جانب آخر من الفقه فكرة المحاملة الدولية كأساس للحصانة القضائية لرؤساء الدول الأجنبية مع إنكار هذا الأساس بالنسبة لحصانة الدول الأجنبية نفسها . إذ أن أساس الحصانة المقررة للدول الأجنبية وفقاً لمبدأ الاتجاه هو نفس الأساس الذى انتهى إليه الفقه الغالب ، أى مبدأ المساواة القانونية بين الدول أعضاء الجماعة الدولية (٥) .

(١) راجع Lauter Pacht مشار إليه في بحث Schmitthoff السابق الإدارة إليه ص ١٨١ .

(٢) ويبدو أن تشكك البعض في وجود قاعدة مرفقة دولية تلزم الدولة بالاعتراف بالحصانة القضائية لدول الأجنبية هو ما دفعهم إلى القول بأن أساس الحصانة هو فكرة المحاملة الدولية . راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٥٩ رقم ٧٠٢ .

(٣) راجع ما بيده رقم ٩ .

(٤) Batiffol المطول رقم ٧٠٢ .

(٥) راجع Niboyet الجزء السادس رقم ١٧٨٥ .

ويشير جانب من الفقه إلى أن الحصانة القضائية المقررة للممثل السدولة
الدبلوماسيين تقوم على نفس الأساس الذي تقوم عليه حصانة رؤساء
الدول ، أى فكرة المحاملة الدولية لأشخاصهم (١) .

ويرفض جانب آخر من الشراح هذا النظر مؤكداً أن أساس الحصانة
المقررة لكل من رئيس الدولة الأجنبية وممثلها الدبلوماسي هو أن كل منهما
يمثل دولته ويعمل باسمها ، ومن ثم فيكون أمراً منطقياً أن تمتد الحصانة
إليه إحتراماً لسيادة دولته واستقلالها ، وتمكيناً له من أداء مهمته على
وجه أكمل (٢) .

وهذا الرأي الأخير وإن كان يتمشى مع الاتجاهات الفقهية الحديثة
التي تحاول أن تحصر نطاق الحصانة في الحدود اللازمة لتمكين كل من رئيس
الدولة وممثلها الدبلوماسي من أداء مهمته على الوجه الأكمل دون أن تمتد
إلى تصرفاته الخاصة ، إلا أنه يتعين الإعراف بأن الرأي السالف مازال
بعيداً عن الحقائق الوضعية . فالقضاء مازال مصراً في غالبية دول العالم
على تحويل رؤساء الدول وممثلها الدبلوماسيين حصانة قضائية شبه مطلقة .
وتدفعنا هذه الملاحظة إلى التصدى للدراسة نطاق الحصانة القضائية للدول
الأجنبية ورؤسائها وممثلها الدبلوماسيين ، وهو ما نتناوله في الفقرة التالية .

(١) راجع Batiffol السابق رقم ٧٠٢ .

(٢) راجع Valéry . القانون الدولي الخاص . باريس ١٩١٤ ص ٦٩٢ وما بعدها .
وراجع في نقد التسوية بين الحصانة المقررة لرؤساء الدول الأجنبية والحصانة الخاصة بممثلها
الدبلوماسيين الدكتور محمد حافظ غانم . مبادئ القانون الدولي العام . الطبعة الرابعة ١٩٦٤
ص ١٧٨ وهو يشير إلى خطأ تقريب رئيس الدولة من الممثل الدبلوماسي والقول بأن هذا الأخير
يتمتع هو الآخر بالحصانة القضائية على أساس إحتباره ممثلاً أو نائباً عن دولته . ذلك أن مثل هذا
القول يضيّق من جهة عن تفسير الحصانات المقررة للممثل الدبلوماسي خارج نطاق عمله الرسمي ،
ومن جهة أخرى فإن الملاحظ أن نطاق الحصانات المقررة لممثل الدول الأجنبية الدبلوماسيين تقل
عن تلك المقررة لرؤساء الدول .

٩ .. نطاق الحصانة

كان مبدأ الحصانة القضائية للدول الأجنبية في بادئ الأمر مطلقا . بمعنى أنه كان يحق للدولة أن تتمتع بحصانها أمام قضاء الدول الأخرى في جميع الأحوال وسواء تعلق النزاع بنشاطها كشخص دولي ذي سيادة أو كان النزاع ذا طبيعة خاصة كما لو تعلق بنشاطها التجاري كفرد عادي . ثم تطور القضاء في معظم دول العالم ووضع تحفظا هاما على مبدأ الحصانة القضائية للدول الأجنبية . فلم تعد الدولة الأجنبية تتمتع بهذه الحصانة إزاء المنازعات التي تتعلق بنشاطها التجاري (١) .

وقد بدت ملامح هذا التطور في فرنسا بمناسبة المنازعات المتعلقة بالنشاط التجاري لروسيا السوفيتية ودول أوروبا الشرقية وغيرها من الدول التي تطور نظامها الاجتماعي والاقتصادي نحو الاشتراكية . فقد ترتب على هذا التطور أنه لم تعد المعاملات بين التجار أو الشركات والمؤسسات الخاصة التاجرة هي الصورة التقليدية الغالبة للتجارة الخاصة الدولية . بل أصبحت الدول الاشتراكية تمارس تجارتها الدولية إما بنفسها أو عن طريق مشروعاتها الموثمة .

وقد دعى هذا التطور إلى ضرورة إعادة النظر في فكرة الحصانات القضائية للدول الأجنبية . إذ لم يعد من المقبول تمتع الدولة الأجنبية بالحصانة عند ممارستها لنشاط تجاري (٢) .

(١) راجع Batiffol المجلد طبعة ١٩٥٩ رقم ٧٠٥ و Arminjon السابق ص ١٩٨ وما بعده و Lerebours - Pigeonnière et Loussouarn . موجز القانون الدولي الخاص . الطبعة الثامنة ١٩٦٢ رقم ٤٠٦ .

(٢) راجع Niboyet المجلد ج ٦ رقم ١٧٦١ .

ولا شك عندنا في سلامة التفرقة السابقة . ذلك أن حرمان الدول الأجنبية من حصانتها هو أمر لا تقتضيه طبيعة التجارة الدولية والصفة الإستثنائية لفكرة الحصانة فحسب . وإنما هو فوق ذلك كله يشكل ضللاً للدائن الوطنى يشجعه على زيادة حجم تعامله مع هذه الدول في معاملاته التجارية معها . مما يعود بالنفع في النهاية على هذه الدول ذاتها (١) . ولعل هذه الحقيقة هي التي دعت الدول الاشتراكية إلى قبول هذا الوضع ، بل والسعى في بعض الأحيان إلى طلب تجريدها من الحصانات القضائية بالنسبة لمعاملاتها التجارية الدولية حتى تضمن لمشروعاتها العامة التجارة مزيداً من الائتمان في الأسواق الدولية .

ويميل جانب من الفقه الفرنسى — وبحق — إلى دفع قضائه نحو مزيد من التطور لإزاء الحصانات القضائية للدول الأجنبية بحيث يقتصر نطاقها في إطار المنازعات المتعلقة بنشاط هذه الدول الذى تمارسه بوصفها شخص دولي . أما المنازعات المتعلقة بالنشاط الخاص للدولة الأجنبية فلا وجه لتمتعها بالحصانة إزاءه ولو لم يكن هذا النشاط ذا طبيعة تجارية (٢) .

وعلى ذلك فالمعيار الواجب الأخذ به في شأن مدى تمتع الدول الأجنبية بالحصانة القضائية من عدمه هو التفرقة بين أعمالها الصادرة عنها بوصفها شخص دولي من جهة . وبين تصرفاتها العادية التي تخضع للقانون الخاص من جهة أخرى . فالدولة الأجنبية لا تتمتع بالحصانة القضائية عند ممارستها لنشاط خاص سواء اتسم هذا النشاط بالطابع التجارى من عدمه .

وهذا الحل الأخير — والذي يبدو أن المحاكم الفرنسية لم تستقر عليه

(١) راجع في هذا المعنى Arminjon الجزء الثالث . ص ٢٢ .

(٢) راجع أستاذنا Loussouarn في تعليقه على حكم محكمة Poitiers الصادر في ١٦-٦-١٩٤٩ والنشر في Rev. crit ١٩٥١ ص ٦٦ وما بعدها .

بعد - (١) قد اخذ به القضاء الايطالى والبلجيكي (٢). كما أخذت به أيضا المحاكم المختلطة في مصر (٣). ونحن نرى مع جانب الفقه المصرى ضرورة تبني هذا الحل في الجمهورية العربية المتحدة نظرا للطبيعة الاستثنائية لفكرة الحصانة (٤). فالحكمة من تمتع الدول الأجنبية بالحصانة القضائية لا تبدو واضحة إلا في حلود الأعمال الصادرة عنها بوصفها شخص دولي (٥).

وإذا ما تعلق الأمر بنشاط الدولة الأجنبية كشخص دولي، فلا شك في تمتعها بالحصانة على النحو الذى رأيناه. وإنما قد يدق الأمر بالنسبة للأشخاص العامة الأجنبية سواء كانت وحدات إقليمية معينة داخل الدولة كالحافظة أو الولاية في الدول المركبة. أو اتخذت شكل مؤسسات أو شركات عامة.

ويميل الفقه الفرنسى الغالب إلى إنكار الحصانة القضائية على الأشخاص العامة الأجنبية لكونها تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن الدولة التى

(١) راجع حكم محكمة Poitiers السابق الإشارة إليه.

(٢) راجع في عرض هذا القضاء: Freyria, Les limites de l'immunité de juridiction et d'exécution des états étrangers, Rev. crit 1951 p 207 et s.

(٣) إستئناف مخطط ٢٩ مارس ١٩٤٢ مجلة التشريع والقضاء ص ٥٥ ص ١١٤ ومشار إليه في مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله. السابق ص ٦٠٩. هامش (٢). وجاء في الحكم أن « الحصانة القضائية التى تتمتع بها الدول الأجنبية تقتصر على الأعمال التى تبشرها بإملا من سيادة دون التصرفات المادية وأعمال التجارة ». وراجع أيضا حكم محكمة الإستئناف المختلط في ١٧ يونيو ١٩٤٢ مشار إليه في محاضرة الدكتور فؤاد رياض عن الحصانة القضائية للدولة والسابق الإشارة إليها ص ٥٤.

(٤) راجع الدكتور عز الدين عبد الله. المرجع السابق ص ٦٠٥ وما يبعدها.

(٥) ولا يصح الإعتراض على هذا المعيار بالقول بأنه يؤدى إلى إزدواج في شخصية الدولة، وهو ما يتناقض مع سيادتها ووحدة شخصيتها. ذلك أنه من المتصور دائما أن تقوم الدولة - إلى جانب نشاطها كشخص دول - بنشاط خاص مثل أى شخص عادى. فبشخصية الدولة لا تتعدد وإنما طبيعة نشاطها هى التى تتغير. راجع Loussouarn في تعليقه على حكم محكمة Poitiers السابق الإشارة إليه. وراجع محاضرة الدكتور فؤاد رياض السابق الإشارة إليها ص ٥٤.

تتبعها (١) .

ونحن نعتقد مع الفقه الأنجلو سكسوني بأن فكرة الشخصية المعنوية المستقلة لا تعدو أن تكون وسيلة فنية داخلية قد تلجأ إليها الدولة لإدارة مرافقها على وجه أفضل . ومن ثم فلا يجوز أن يكون هذا الوضع المتعلق بالتنظيم الفني للمرافق العامة في دولة ما سببا في حرمان هذه الدولة من حصانها المقررة لها وفقاً لمبادئ القانون الدولي العام (٢) .

أما بالنسبة لأمؤسسات أو الشركات العامة الأجنبية التي تمارس نشاطا تجاريا أو أى نشاط خاص ولو لم يتسم بالصيغة التجارية فلا صعوبة في الأمر . فقد رأينا أن الفقه الحديث يميل إلى تجريد الدولة من حصانها بالنسبة لنشاطها الذي تمارسه بغير صفتها كشخص دولي .

وقد حاول جانب من الفقه الفرنسي أن يتوصل إلى نفس النتيجة التي إنتهينا إليها فأكد عدم ولاية القضاء الوطني لإزاء نشاط المؤسسات العامة الأجنبية الذي لا يتعلق بالقانون الخاص . لا على أساس تمتع الشخص العام الأجنبي في هذه الحدود بالحصانة القضائية . وإنما إستنادا إلى الطبيعة الإدارية للتزاع . فكما لا يجوز للمحاكم المدنية أن تنظر في المنازعات التي تكون جهة الإدارة الوطنية طرفا فيها بوصفها سلطة عامة ، فإنه لا يجوز لهذه المحاكم بالمثل — وهي جهة الاختصاص الوحيدة بالمنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا — أن تختص بتزاع مماثل تكون جهة الإدارة الأجنبية طرفا فيه (٣) . فلهذه الإدارة الأجنبية هنا — أسوة بجهة الإدارة الوطنية — أن تدفع بعدم الاختصاص الولائي للمحاكم المدنية . فالدفع هنا إذن هو دفع

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٧٠٥ وهو يشير إلى أحكام القضاء الفرنسي التي أكدت هذا المعنى .

(٢) راجع بحث Schmitthoff السابق الإشارة إليه ص ١٨٩ وما يبعدها . وأنظر في الفقه المصري الدكتور فؤاد رياض . مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص . محاضرة مطبوعة بدار الجمعية المصرية للقانون الدولي يوم ٢٤ مارس ١٩٦٥ — مستخرج من مجلة مصر المحاصرة ص ١٨٨ وما يبعدها .

(٣) راجع Niboyet السابق رقم ١٧٧١ .

عدم الاختصاص الولائي وليس دفعا بالحصانة (١) .

ونحن لا نتفق مع هذا النظر . ذلك أنه من العسير أن يمسر الدفع بعدم ولاية المحاكم الوطنية للنظر في المنازعات التي تكون جهة الإدارة الأجنبية طرفاً فيها على أنه دفع بعدم الاختصاص الولائي لهذه المحاكم . فليس من المقبول أن نسلم فيها بالطابع الإداري للعلاقة التي تكون الدولة الأجنبية طرفاً فيها (٢) . فواقع الأمر أن عدم ولاية إدارتهم المدنية بنظر المنازعات المتعلقة بنشاط الدولة الأجنبية الذي تمارسه بوصفها شخص دولي - وسواء مارست هذا النشاط بنفسها أو بواسطة إحدى مؤسساتها العامة - لا يرجع إلى الطبيعة الإدارية للتزاع . وإنما يستند هذا الحل على القاعدة العرفية المقررة لمبدأ الحصانة القضائية للدول الأجنبية على نحو ما رأينا من قبل .

ونتهى بذلك إلى أن مفهوم الحصانة القضائية للدول الأجنبية يتسع ليشمل أشخاص القانون العام في هذه الدول ومؤسساتها العامة التي تباشر نشاطاً توجيهاً يتعلق بإدارة المرافق العامة . أما النشاط التجاري أو الخاص للدول الأجنبية أو لمؤسساتها العامة فقد رأينا أن القضاء عميل الآن إلى إخراجه من نطاق الحصانة ويخضعه لولايته .

وقد صاحب تطور الأفكار إزاء الحصانة القضائية للدول الأجنبية تطور مشابه في شأن حصانة رؤساء هذه الدول . فبعد أن كانت حصانة هؤلاء في فرنسا مطلقة في بادئ الأمر . إنجذ القضاء بعد ذلك إلى التفرقة بسن المنازعات المتصلة بنشاط رئيس الدولة الأجنبية بصفته هذه (النشاط المتصل

(١) راجع Freyria في بحثه السابق الإشارة إليه ص ٤٦٢ ، ٤٦٣ . وأنظر في ربط عدم اختصاص المحاكم المدنية بنظر المنازعات التي تكون الدولة الأجنبية طرفاً فيها بوصفها شخص دولي بفكرة عدم الاختصاص الولائي: Niboyet, Immunité de juridiction et incompetence d'attribution, Rev. crit. 1950 p. 139

(٢) راجع في التفاصيل مقالنا بعنوان طبيعة الدفع بالحصانة . منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية . ص ١١ شهر يناير ١٩٦٩ رقم ١٤ .

بوظيفته) . وبين المنازعات المتعلقة بحياته الخاصة أو بنشاطه التجاري الخاص . فهو يتمتع بالحصانة القضائية في الحالة الأولى . بينما يخضع للقضاء الإقليمي في الحالة الثانية (١) .

وقد كان التطور المنطقي للأمر يقتضى معاملة ممثلي الدول الأجنبية الدبلوماسيين معاملة مشابهة لرؤسائها . إلا أن القضاء الفرنسي لا يزال في غالبية أحكامه . يرى التوسع في حصانة هؤلاء دون تفرقة بين المنازعات المتعلقة بحياتهم الخاصة وبين تلك المتصلة بصفتهم الرسمية .

ويرجع البعض التفرقة بين معاملة كل من رؤساء الدول الأجنبية من جهة وبين ممثليها الدبلوماسيين من جهة أخرى إلى إختلاف الأساس الذي تقوم عليه فكرة الحصانة القضائية في كل من الحالتين . فهي تمنح لرؤساء الدول الأجنبية بصفقتهم الشخصية . بينما يتمتع بها الممثلون الدبلوماسيون على أساس مبدأ إستقلال الدولة وسيادتها على النحو الذى بيناه . ولا يرى هذا الرأى أى غرابة في التفرقة السالفة لأن رئيس الدولة لا يقيم في دولة أخرى عادة إلا بصفة مؤقتة بينما تقتضى طبيعة عمل الممثل الدبلوماسى الإقامة شبه الدائمة في الخارج مما يبرر تمتعه بالحصانة المطلقة (٢) .

ونحن نعتقد على العكس أن التفرقة السابقة لا تقوم على أساس سليم . فتد رأينا أن الفقه الحديث يميل إلى توحيد الأساس الذى تقوم عليه الحصانة سواء بالنسبة لرئيس الدولة الأجنبية أو ممثليها الدبلوماسى . فكلاهما ممثل لدولته ويستمد حصانته من سيادتها واستقلالها . ويقتضى هذا التحليل إمتداد الحصانة إليه بالقدر الذى يسمح له فقط بأداء وظيفته العامة على الوجه الأكمل . أما إقامة الممثلين الدبلوماسيين شبه الدائمة في الخارج فهو أمر لا يخول لهم حق التمتع بالحصانة خارج حدود وظيفتهم . فإذا كان

(١) راجع Niboyet المجلد ج ٦ رقم ١٧٨٧ .

(٢) Niboyet السابق رقم ٧٧٨٠ .

القضاء قد اعترف أخيراً بهذا النشتر بالنسبة لرئيس الدولة الأجنبية وهو في قمة ممثلها الرسميين فإن الحل أوجب بالإتياع بالنسبة للممثلين الدبلوماسيين . بل إن الدول الأجنبية ذاتها لا تتمتع بالحصانة المطلقة ، وإنما تخضع كما رأينا للقضاء الإقليمي للدول الأخرى . على الأقل بالنسبة لنشاطها التجاري . أضف إلى ذلك كله أن الحصانة القضائية هي فكرة إستثنائية يجب حصرها في الحدود التي تستهدفها . ولا شك أن حماية رئيس الدولة الأجنبية أو ممثلها الدبلوماسي لا تجد لها سنداً سليماً إذا كان الأمر يتعلق بعلاقاته الخاصة أو بنشاطه التجاري الخاص (١) .

ونخلص بذلك إلى أن نطاق الحصانة القضائية يجب أن ينحصر في نطاق المنازعات التي تتعلق بنشاط الدولة الأجنبية بوصفها شخص دولي . أو المنازعات المتعلقة بالنشاط الوظيفي لكل من رئيس الدولة الأجنبية أو ممثلها الدبلوماسي .

ومع ذلك فيجب الاعتراف بأن القضاء مازال متردداً في غالبية دول العالم . فبينما عميل القضاء الفرنسي الحديث إلى إخراج النشاط التجاري للدول الأجنبية من نطاق الحصانة التي تتمتع بها هذه الدول . نجد غير مستقر على رأى محدد بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالنشاط الخاص لهذه الدول ما دام أن هذا النشاط لم يتم بطابع التجاري . ومن جهة أخرى فإن التفرقة بين أعمال رئيس الدولة المتعلقة بوظيفته وبين نشاطه الخاص مازالت تفرقة غير واضحة تماماً في القضاء . بل وإن القضاء في غالبية دول العالم مازال مصراً على تأكيد الحصانة القضائية شبه المطلقة لممثل الدول الأجنبية الدبلوماسيين (٢) .

(١) راجع مقالنا في طبيعة الدعوى بالحصانة . السابق الإشارة إليه رقم ٩ .

(٢) راجع في التفاصيل . مقالنا السابق الإشارة إليه رقم ٥ وما بعده .

١٠ - طبيعة الدفع بالحصانة

مضت الإشارة إلى أن جانباً من الفقه قد ربط بين الدفع بالحصانة وبين الدفع بعدم الإختصاص الولائي . فكما يجوز الدفع بعدم الإختصاص الولائي للمحاكم المدنية بالنسبة للمنازعات التي تكون جهة الإدارة الوطنية طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة . فإنه يجوز بالمثل الدفع بعدم إختصاص هذه المحاكم بنظر المنازعات التي تكون الدولة الأجنبية طرفاً فيها بوصفها شخص دولي (١) .

وقد سبق لنا أن رفضنا هذا النظر على أساس أنه من العسير أن نسلّم بالطبيعة الإدارية للتزاع الذي تكون الدولة الأجنبية أو رئيسها أو ممثلها الدبلوماسي طرفاً فيه (٢) .

ومن جهة أخرى . وحتى لو سلمنا جدلاً بسلامة هذا النظر . فإن الملاحظ أن الرأي السالف يقوم على إفتراض مؤداه أن الحصانة القضائية لا تتناول سوى المنازعات التي تكون الدولة الأجنبية طرفاً فيها بوصفها شخص دولي . أو المنازعات المتعلقة بممارسة رئيس الدولة الأجنبية أو ممثلها الدبلوماسي لوظيفته . ومع ذلك فقد رأينا أن القضاء مازال متردداً في الأخل بهذا الإنجاء . بل أن القضاء الغالب يصر في غالبية أحكامه على تأكيد الحصانة القضائية شبه المطلقة لممثل الدول الأجنبية الدبلوماسيين . فإن كان الأمر كذلك فكيف يمكن أن تفسر حق هؤلاء في الدفع بالحصانة بالنسبة للمنازعات المتعلقة بحياتهم الخاصة إذا كان هذا الدفع هو مجرد دفع بعدم

(١) راجع بحث Niboyet السابق الإشارة إليه والمنشور في Rev. crit ١٩٥٠ ص ١٣٩ وما بعدها و Freyria في بحث السابق والمنشور في نفس المجلة ١٩٥١ ص ٢٠٧ وما بعدها .

(٢) راجع ما قبله رقم ٩ .

الإختصاص الولائى للمحاكم المدنية (١) .

ولهذا يميل الفقه الغالب إلى القول بأن الدفع بالحصانة هو دفع بعدم الإختصاص الدولى للمحاكم الوطنية (٢) .

وعندنا أن فكرة الحصانة تخرج عن مفهوم « الإختصاص » وفقا لمعناه الفنى فى الإصطلاح القانونى . فقواعد الإختصاص هى قواعد داخلية تضعها كل دولة وفقاً لما تراه محققاً لسياساتها التشريعية . وتستوى فى ذلك قواعد الإختصاص الداخلى وقواعد الإختصاص الدولى . أما فكرة الحصانة فهى تقوم وفقاً لارأى الراجع على أسس ثابتة فى القانون الدولى العام . فهى تعد قيداً على سلطة الدولة فى القضاء بقرضه العرف الدولى .

وعلى ذلك فإذا كان للدولة أن تنظم إختصاص قضائها بالمنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً على النحو الذى يتفق وسياساتها التشريعية ، إلا أن ذلك

(١) بل وإن تقرب الدفع بالحصانة من الدفع بعدم الإختصاص الولائى سوف يؤدى على العكس إلى حرمان الدول الأجنبية من حصانتها فى بعض الفروض التى لم يتشكل الرأى المغايف فى وجوب تمتع هذه الدول بالحصانة فيها . إذ من المعلوم أن المحاكم العادية تختص فى كل من فرنسا ومصر ببعض المنازعات ذات الطابع الإدارى (مثل دعاوى التمييز عن الأعمال المادية بلجهة الإدارة) . وفى هذه الحدود فإن ربط الدفع بالحصانة بالدفع بعدم الإختصاص الولائى يؤدى إلى تملذ الدفع بالحصانة ما دام أن الأمر يتعلق بنزاع يدخل فى ولاية المحاكم العادية رغم طابعه الإدارى وهو مالا يعقل أن يكون أنصار الرأى الذى تناهضه قد هدقوا إليه . راجع فى مزيد من التفصيل حول هذا الموضوع : مقالنا فى طبيعة الدفع بالحصانة والسابق الإشارة إليه رقم ١٢ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . رقم ٢٠٥ - وهو ينتقد تقرب مشكلة الحصانة القضائية من قواعد الإختصاص الداخلى (الإختصاص الوطنى) ويرى أنها مسألة تتعلق بالإختصاص الدولى للمحاكم الوطنية .

لا يتأتى بدهاءة إلا في الحدود التي تملك في شأنها سلطة القضاء أصلاً (١) .
ولهذا فقد آمنّا بأن الدفع بالحصانة القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها وممثلها
الدبلوماسيين لا يعد دعفاً بعدم الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية . وإنما
هو دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها في مواجهة شخص لا يخضع لسلطة القضاء
الوطني ابتداء (٢) .

١١ - التنازل عن الحصانة وأثره

لما كانت الحصانة القضائية للدول الأجنبية هي إمتياز ممنوح لها بغرض
الحفاظة على سيادتها وإستقلالها في مواجهة الدول الأخرى، فإن النتيجة المنطقية
المرتبة على ذلك هي أنه يجوز للدولة ان تتنازل عن حصانتها هذه وتخضع
بارادتها لولاية المحاكم الأجنبية (٣) .

وبشّرت القضاء الفرنسي أن يكون التنازل عن الحصانة القضائية واضحاً
ومؤكداً (٤) . وهو يعتبر كذلك إذا تنازلت الدولة صراحة عن حصانتها
أو إذا سلكت مسلكاً يستدل منه قطعاً على هذا التنازل . ولذا حكم بأنه اذا
رفعت الدولة الأجنبية دعوى أمام القضاء الوطني لدولة أخرى فإن ذلك
يعد دلالة واضحة على قبولها الخضوع لولاية هذا القضاء (٥) . كذلك فإن
سكوت الدولة المدعى عليها عن الدفع بالحصانة وترافعها في موضوع

(١) راجع : Bauer, Compétence Judiciaire internationale
des tribunaux civils Français et Allemands. رسالة مقدمة إلى جامعة باريس.
Dalloz ١٩٦٥ رقم ٦ .

(٢) راجع مقالنا في طبيعة الدفع بالحصانة السابق الاشارة إليه رقم ٢١ .

(٣) راجع Niboyet الملّول . الجزء السادس ص ٣٥٦ .

(٤) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية (دائرة الطعون) ٢٨ يناير ١٩٣٢ .

Rev. crit ١٩٣٤ ص ٩٣٥ وحكم محكمة الرين في ١٩ مارس ١٩١٩ Rev. crit

١٩٢٢ ص ٧٤٢ .

(٥) راجع Batiffol الملّول رقم ٧٠٦

الدعوى مباشرة يفيد عادة تنازها عن الحصانة المقررة لمصلحتها (١) .

ومع ذلك فإن قرينة الحصانة القائمة على سكوت الدولة الأجنبية عن الدفع بها ليست مطلقة . ولذا يجوز للدولة الأجنبية ان تتمسك بحصانتها في أى مرحلة كانت عليها الدعوى (٢) . بل ان بعض أحكام القضاء الفرنسى قد أنكرت حق القاضى فى التصدى لنظر الدعوى من تلقاء نفسه اذا لم تقبل الدولة الأجنبية السير فيها صراحة (٣) . وبديهي انه يتعين على المحكمة ان تقضى بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها فى حالة غياب الدولة المدعى عليها ، اذ لا يعقل إفراض تنازها عن حصانتها فى هذه الحالة (٤) .

ويستلزم القضاء الفرنسى ان يكون تنازل الممثل الدبلوماسى عن حصانته مقرونا بموافقة حكومته على هذا التنازل (٥) . ويفسر ذلك بأن الدبلوماسيين لا يتمتعون بالحصانة القضائية بصفتهم الشخصية ، وإنما بوصفهم ممثلين للحكومات التى يتبعونها (٦) .

(١) راجع Batiffol السابق رقم ٧٠٦ وأنظر مع ذلك Valéry المرجع السابق . وهو يرى ان الحصانة القضائية للدول الأجنبية هى أمر يمس النظام العام ولذا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

(٢) راجع Niboyet المطول ج ٦ رقم ١٧٨٤ .

(٣) راجع نقض فرنسى (دائرة الطعون) ٥ يناير ١٩٤٦ Sirey ١٩٤٧ الجزء الأول . ص ١٣٧ .

(٤) راجع Niboyet المطول ج ٦ رقم ١٧٦٨ . مع ملاحظة أنه لا يرى فى ذلك حكما بعدم القبول بل نحو ما ذكرنا فى المتن ، وإنما حكما بعدم الاختصاص .

(٥) راجع على سبيل المثال حكم محكمة السين فى ٢٠ يونيو ١٩٢٧ Rev. crit. ١٩٢٨ . ص ٤٨٨ .

(٦) راجع هذا الرأى مروحياً فى Niboyet ج ٩ ص ٢٨٦ .

ويرى جانب من الفقه الفرنسى وجوب الأخذ بهذا الحل بالنسبة لرؤساء الدول الأجنبية لأنهم أيضاً لا يتمتعون بالحصانة بصفتهم الشخصية وإنما بوصفهم ممثلين للدولة (١) .

ويترتب على التنازل عن الحصانة القضائية على الوجه السالف إمكان السير فى الدعوى ضد الدولة الأجنبية أو رئيسها أو ممثلها الدبلوماسى . ذلك أن مؤدى التنازل عن الحصانة إسترداد الدولة التى أثير النزاع أمام محاكمها لسلطتها فى القضاء . وبالتالي خضوع النزاع المتعلق بالدولة الأجنبية أو رئيسها أو ممثلها الدبلوماسى للولاية الاقليمية للقضاء الوطنى . وينبنى على ذلك عادة اختصاص هذا القضاء بنظر النزاع . وقد يكون هذا الاختصاص قائماً على أحد ضوابط الاختصاص المحددة فى قانون القاضى كما لو تعلق النزاع بمال موجود فى دولة المحكمة التى طرح النزاع أمامها أو غير ذلك من الضوابط الشخصية أو الموضوعية التى ستعرض لها فيما بعد . بل وان عدم توافر أحد أسباب الاختصاص التقليدية لا يحول دون خضوع النزاع مع ذلك لولاية المحكمة التى رفعت أمامها الدعوى على أساس فكرة الخضوع الإختيارى . فسرى فيما بعد ان رضاء الخصوم بالخضوع لولاية المحاكم الوطنية بعد فى ذاته ضابطاً لإختصاص هذه المحاكم فى معنظم دول العالم .

ولا شك ان رفع الدولة الأجنبية لدعواها أمام محاكم دولة أخرى يفيد رضاهما بالخضوع لولاية هذه المحاكم . ومن جهة أخرى فان تنازل الدولة الأجنبية المدعى عليها عن حصانتها يمكن أن يستدل منه ضمناً على رضائها

(١) Niboyet السابق رقم ١٧٨٩ . وهو يرى أن الأحكام القضائية التى لم تستلزم ان يكون تنازل رئيس الدولة مقروناً بموافقة حكومته قد إنتهت إلى هذه النتيجة لما لرؤساء الدول الذين تنازلوا عن حصانتهم فى هذه الدعاوى - وهم باى تونس وأمير مرناكو - من وضع خاص . إذ يتمتع هؤلاء بسلطات مطلقة فى دولهم ومن ثم لا توجد سلطة سوامهم يمكن الرجوع إليها لموافقة على التنازل عن حصانتهم .

بالخضوع الاختيارى لولاية القضاء الوطنى (١) .

وكما يترتب على التنازل عن الحصانة القضائية إمكان السير فى الدعوى ضد الدولة الأجنبية أو رئيسها أو ممثلها الدبلوماسى ، فإن موئى تنازل هؤلاء عن الحصانة أيضاً إمكان إتخاذ اجراءات التنفيذ الجبرى فى مواجهتهم تنفيذاً للحكم الصادر ضدهم (٢) .

ومع ذلك فقد حكم القضاء الفرنسى فى غالبية أحكامه بأن التنازل عن الحصانة القضائية لا يتضمن بالضرورة التنازل عن الحصانة المتعلقة باجراءات التنفيذ (٣) .

بل ان القضاء قد ذهب فى كثير من دول العالم إلى حد القول بأن السماح بمقاضاة الدولة الأجنبية فى الأحوال التى لا تتمتع فيها بالحصانة القضائية لا يعنى إمكان تنفيذ الأحكام الصادرة ضد هذه الدولة أو رئيسها أو ممثلها الدبلوماسى ، وإنما يتعين الالتجاء فى هذه الحالة إلى الطرق الدبلوماسية (٤) .

(١) والفرقة بين ما إذا كان اختصاص القضاء الوطنى بالنزاع يقوم على فكرة الخضوع الاختيارى وبين ما إذا كان مبنى الإختصاص فى هذا الفرض هو تحقق أحد أسباب الإختصاص الأخرى على النحو الذى يبينه فى المتن لا تخلو من الأهمية . إذ سرى فيما بعد ان خضوع الخصوم باختيارهم لولاية القضاء الوطنى لا يمنع القاضى من الحكم مع ذلك بعدم إختصاصه فيما لو تبين ان النزاع لا يرتبط بالإقليم بل بوجه من الوجوه .

(٢) راجع حكم محكمة Colmar مشار اليه فى Batiffol المطول ص ٧٨٩ .

(٣) راجع على سبيل المثال حكم محكمة Aix فى ٢٣ نوفمبر ١٩٣٨ Dalloz ١٩٣٩ .
الجزء الثانى ، ص ٦٥ مع تعليق Colliard .

(٤) راجع فى ذلك Wolff, Private int. Law. رقم ٤٧ وما بعده .

وقد إنتقد الفقه الفرنسى - ونحق - هذا النظر . لأن الحصانة القضائية تتضمن الحصانة من إتخاذ إجراءات التقاضى والحصانة فى مواجهة إجراءات التنفيذ . واذا تنازلت الدولة عن حصانتها القضائية فلا يجوز لها ان تدفع بعد ذلك بحصانتها فى مواجهة إجراءات التنفيذ المتخذة ضدها . وذلك مراعاة لمصالح الخصوم اللذين تعاملوا معها (١) .

ولنفس هذا الإعتبار فانه لا يجوز للدولة الأجنبية ان تدفع بحصانتها فى مواجهة إجراءات التنفيذ فى الأحوال التى لا تتمتع فيها بالحصانة أصلا كما لو تعلق الأمر بنشاطها التجارى (٢) .

(١) راجع Batiffol للمطول رقم ٧٠٦ .

(٢) راجع مقالنا فى طبيعة الدفع بالحصانة والسابق الاشارة الى فقرة ٤ .

الفصل الثاني

المبادئ العامة في الاختصاص القضائي الدولي

١٢ - أهمية البحث

مضت الإشارة الى أن قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم تتصف بحسب الأصل العام بوطنيتها أسوة بغيرها من قواعد القانون الدولي الخاص. فالمشرع في كل دولة يضع القواعد التي يراها أكثر اتفاقاً مع أهدافه السياسية والتشريعية والاجتماعية. ويؤدي ذلك بالضرورة الى تنوع أحكام الاختصاص الدولي للمحاكم في القوانين الوضعية المختلفة.

ومع ذلك فإن الدراسة المقارنة لمختلف النظم القانونية تكشف لنا عن وجود مبادئ أساسية تشترك معظم الدول في الأخذ بها. ويرجع ذلك الى أنه ومهما كان اختلاف الدول في الأهداف التي تسعى للتوصل اليها بمقتضى سياستها التشريعية، فإن هناك اعتبارات مشتركة تعود الى فكرة سيادة الدولة وحاجة المعاملات الدولية. وهى اعتبارات تشترك كافة الدول في الحرص عليها والعمل بها.

ويلاحظ أنه اذا كان الفقه الدولي لم يتوصل حتى الآن الى بناء نظرية عامة للاختصاص أسوة بما فعل - الى حد كبير - بالنسبة لتنازع القوانين، فقد اضطره ذلك الى الاستعانة بأحكام الاختصاص الداخلى ليستعير منها ما يراه ملائماً لطبيعة الاختصاص الدولي. ويبدو أنه وجد أن قواعد اختصاص المحلى هي أقرب القواعد الداخلية الى طبيعة الاختصاص

الدولى (١) . فكل منها ينظم الاختصاص الاقليمى للمحاكم المختلفة . ومع ذلك بطل هناك فارق هام بين الاختصاصيين . فبينما تنصب قواعد الاختصاص المحلى على توزيع الولاية الاقليمية للمحاكم التابعة للدولة واحدة وبالتالي لسيادة واحدة . نجد أن قواعد الاختصاص الدولى تهدف الى تحديد اختصاص محاكم الدولة بوجه عام فى مواجهة محاكم الدولة الأخرى . وهنا تظهر بالضرورة أهمية فكرة سيادة الدولة وحاجة المعاملات الدولية . ويؤدى هذا الفارق الجوهرى بين الاختصاصيين الى اختلاف أحكام كل منها بالضرورة على نحو ما سنبين خلال هذه الدراسة (٢) .

ومن ذلك تبدو بجلاء فائدة دراسة المبادئ الأساسية المشتركة فى الاختصاص الدولى . اذ يتعين فى تقديرنا الرجوع الى هذه المبادئ عند تفسير النصوص الوطنية المنظمة للاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية . ذلك أن الاكتفاء بتفسير هذه النصوص على ضوء المبادئ العامة فى الاختصاص الداخلى قد يفتنى مع الاعتبارات التى يهدف اليها تنظيم الاختصاص الدولى للمحاكم أصلا (٣) .

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٦٩٩ و Niboyet المطول جزء ٦ رقم ١٧٢٩ . وأنظر عكس هذا رأى Bartin مبادئ القانون الدولى التلخيص الجزء الأول ص ٣١٠ - ٣١٢ . وهو يرى أن قواعد الاختصاص الدولى تقترب من قواعد الاختصاص الولاى فى القائلون الداخلى .

(٢) وراجع فى هذا المعنى تقديم Roger - Perrot لرسالة Baner السابق الاشارة اليها .

(٣) راجع Françescakis فى تعليقه على حكم محكمة باريس الصادر فى ٢٦ ابريل ١٩٥٢ . ١٩٥٢ Rev. crit. ص ٣٤٨ و Hébraud - المجلة الفصلية لقانون المدنى ١٩٥٠ ص ٩٦ رقم ١٤ وأنظر تقديم Roger Perrot لرسالة Bauer السابق الاشارة اليها ص XI وما بعدها . وقد نادى Niboyet قبل ذلك بضرورة النظر الى قواعد الاختصاص الدولى بصفة مستقلة عن قواعد الاختصاص الداخلى . راجع مؤلفه المطول جزء ٦ رقم ١٧٢٤ .

وستعرض فيما يلي لأهم المبادئ العامة في الاختصاص القضائي الدولي.
والمستخلصة من الدراسة المقارنة للتشريعات المختلفة .

١٣ - أولا : مبدأ قوة النفاذ Principle of Effectiveness

يرجع أصل مبدأ قوة النفاذ الى الفقه الأنجلو سكسوني ، والذي يرى فيه معيارا أساسيا لتحديد به جميع حالات الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية . فتختص محاكم الدولة - وفقاً لهذا المبدأ - بالمنازعات التي تملك في شأنها السلطة الفعلية والحقيقية التي تجعلها قادرة على كفالة آثار الحكم الصادر عنها (١) .

وطبيعي أن تبدو أهمية مبدأ قوة النفاذ في الحالات التي يتضمن فيها النزاع عنصراً أجنبياً . ذلك ان الملحوظ بالنسبة للعلاقات الوطنية البحث أن آثار الحكم الصادر في شأنها مكفولة دائماً ، لخضوع عناصر النزاع وأطرافه جميعها الى سيادة واحدة تملك دون غيرها ضمان تنفيذ الحكم . أما في مجال الاختصاص الدولي فقد لا تستطيع المحكمة - نتيجة لتوطن المدعى عليه في دولة أجنبية أو لوجود المال محل النزاع في الخارج - ضمان التنفيذ الفعلي للحكم الصادر عنها . ولذا سترى فيما بعد أن معظم قواعد الاختصاص الدولي تقوم على مبدأ قوة النفاذ . اذ من غير المقبول أن تصدر محاكم الدولة حكماً لا تملك القدرة على تنفيذه .

ومع ذلك فيجب ألا نغالي مع البعض (٢) في أهمية المبدأ السالف الى حد القول بضرورته كأساس لجميع قواعد الاختصاص الدولي . فمن ناحية نجد أن هناك فروض لا يمكن التنبؤ فيها مقدماً بمكان وزمان تنفيذ الحكم . ومن

(١) Graveson تنازع القوانين ١٩٥٢ ص ٢٦٣ و Dicey تنازع القوانين
ص ١٣١ و Niboyet جز ٦ رقم ١٧١٩ .
(٢) Ghechire - القانون الدولي الخاص ص ١٣٠ وما بعدها .

نحية أخرى فالذى يمنع محاكم الدولة من التنازل فى نزاع ما اذا دعت الى ذلك اعتبارات الملاءمة ما دام أنه من الممكن بعد ذلك تنفيذ هذا الحكم فى دولة أخرى تملك القدرة على كفالة آثاره ؟ فقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية التى تأخذ بها غالبية الدول تقوم أساسا على هذا الاعتبار (١) .

١٤ - ثانيا : اختصاص محكمة موطن المدعى عليه *Actor sequitur forum rei*

يعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ التى يقوم عليها كل من الاختصاص القضائى الدولى والاختصاص الداخلى (المحلى) للمحاكم . فالمدعى هو الذى عليه أن يسعى الى محكمة المدعى عليه ليقاضيه أمامها .

وتقوم هذه القاعدة التقليدية فى القانون الداخلى على أساس أن الأصل فى الانسان هو براءة الذمة وان على من يدعى بحق ما فى مواجهة آخر أن يسعى هو الى موطن المدعى عليه . كذلك فيجب افتراض أن الوضع الظاهر مطابق للحقيقة الى أن يثبت العكس . فن له الحيازة الظاهرة على مال يفترض فيه أنه ماله الى أن يقدم آخر الدليل على ملكيته لهذا المال . وكل من القرينتين السابقتين تقتضى أن يسعى المدعى بالحق الشخصى (القرينة الأولى) أو المدعى بالحق العيى (القرينة الثانية) الى موطن المدعى عليه .

والى جانب هذه الاعتبارات النظرية فهناك اعتبار عملى هام يستوجب الأخذ بالقاعدة السابقة . اذ أن تجاهلها يجعل المدعى عليه تحت رحمة المدعى غير الأمين الذى يمكنه أن يرفع دعواه أمام محكمة بعيدة عن موطن المدعى عليه ويكبده بذلك مصاريف الانتقال دون أن يستطيع هذا الأخير عملا استرداد نفقاته من المدعى المفلس (٢) .

(١) Niboyet السابق ص ٢٦٨ .

(٢) Cluche et Vincent, Procédure civile

طبعة ١٢ - دالوز ١٩٦٢ رقم ٢٣٣ .

ولا شك أن الاعتبارات السابقة تصلح من باب أولى لتبرير مبدأ اختصاص محكمة موطن المدعى عليه في نطاق الاختصاص الدولي . بل ان هناك اعتباراً أقوى يؤكد ضرورة المبدأ السابق في المجال الدولي بصفة خاصة . ذلك أن محكمة موطن المدعى عليه هي القادرة بلا شك على إلزامه بالحكم الصادر ضده لما لها من سلطة فعلية عليه . ومن هنا تبدو الأهمية البالغة لمبدأ قسوة النفاذ كأساس للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم (١) .

١٥ - ثالثاً : اختصاص محكمة موقع المال

تختص محاكم الدولة وفقاً لهذا المبدأ بكافة المنازعات المنصبة على مال موجود فيها سواء كان عقاراً أو منقولاً مادياً (٢) .

وهذه القاعدة مأخوذ بها أيضاً في مجال الاختصاص الداخلي (المحلى) وان كان أعمالها في هذا المجال الأخير يقتصر عادة على المنازعات المتعلقة بالعقارات (٣) . اذ تختص بالنظر في الدعاوى المنقولة محكمة موطن المدعى عليه (٤) .

ويقوم اختصاص محكمة موقع العقار في القانون الداخلي على أساس أنها أنسب المحاكم للفصل في الدعاوى العينية المتعلقة به . فقرب المحكمة من

(١) راجع Bauer في رسالته رقم ٤٦ والدكتور فؤاد رياض السابق ص ٤٦٩ .

(٢) راجع Niboyet الجزء السادس رقم ١٨٣١ و ١٨٣٥ والدكتور فؤاد رياض السابق رقم ٤٥٢ .

(٣) مع ملاحظة التفرقة بين الدعاوى الشخصية العقارية والدعاوى العينية العقارية على نحو ما سنبين فيما بعد .

(٤) Guiche et Vincent السابق رقم ٢٢٢ ، ٢٣٦ والدكتور جميل الشرفاوى السابق ص ١٠٦ وما بعدها .

موقع العقار يسهل لها اتخاذ اجراءات معاينته أو ندب خبير لمباشرة هذه العملية . . . الخ (١) .

ويرجع اختصاص محكمة موقع المال في مجال الاختصاص الدولي الى نفس الاعتبار السابق بالإضافة الى اعتبارات أخرى تزيد عنه أهمية وتؤكد هذا الحل وحتميته في هذا المجال . ذلك أن محاكم دولة الموقع هي الأقلر على النظر في الدعاوى المتعلقة بالمال محل النزاع وفقاً لمبدأ قوة النفاذ السابق الاشارة اليه . فكفالة آثار الحكم الصادر في مثل هذه المنازعات لا يتأتى الا لو كان هذا الحكم صادرا عن قضاء دولة تملك القدرة على اتخاذ اجراءات التنفيذ الفعلي على المال المتنازع فيه .

ولعل خير مصداق على صحة القول بكون مبدأ قوة النفاذ بصفة خاصة هو الأساس الأصل لاختصاص محاكم دولة موقع المال بالمنازعات المتعلقة به هو امتداد اختصاص محاكم هذه الدولة الى المنازعات المتعلقة بالمنقولات المادية أسوة بالعقارات . اذ لو كانت الاعتبارات التي يقوم عليها الاختصاص الدولي للمحاكم في هذه الحالة مطابقة تماماً لتلك التي تقوم عليها قواعد الاختصاص المحلي في القانون الداخلي لما امتد اختصاص محاكم دولة الموقع الى المنقولات . فقد رأينا أن المنازعات الداخلية المتعلقة بهذه الأخيرة تخضع لاختصاص محكمة موطن المدعى عليه (٢) .

(١) Guche et Vincent وقم ٢٣٦ .

(٢) قارن عل سبيل المثال في القانون المصري المادتين ٤٩ ، ٥٠ من قانون المرافعات الجديد في شأن الاختصاص المحلي والمادة ٢/٣٠ من هذا القانون والمتعلقة بالاختصاص الدولي للمحاكم المصرية . وراجع في فرنسا Niboyet للطول جزء ٦ رقم ١٨٣٥ .

ويرجع الاختلاف بين حدود اختصاص محكمة الموقع في النطاق الداخلي وحدود هذا الاختصاص في المجال الدولي الى الاعتبارات الدولية وما يترتب عليها من سيادة كل دولة على اقليمها . ففي نطاق القانون الداخلي ليس هناك وجه لاستثناء الدعاوى المنقولة من القاعدة العامة في اختصاص محكمة موطن المدعى عليه لعدم تحقق الحكمة التي اختص المشرع من أجلها العقارات بقاعدة خاصة . ذلك أنه من الميسور دائماً نقل المال المنقول الى حيث توجد المحكمة المختصة محلياً . أما في المجال الدولي فان اختصاص محاكم دولة الموقع بالدعاوى المتعلقة به يجد ما يبرره . فبدأ قوة التقاض يقتضى اختصاص محاكم دولة الموقع لكونها الأقدر على تنفيذ الحكم الصادر عنها (١) . وهذا الاعتبار متحقق دائماً بالنسبة لكافة المحاكم في مجال الاختصاص الداخلي لكونها جميعاً خاضعة لسيادة واحدة . ومن هنا يبدو لنا مرة أخرى مدى تأثير الاعتبارات الدولية على قواعد الاختصاص الدولي .

ولعل نفس هذه الاعتبارات هي التي تفسر - في مجال القانون الداخلي - اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها أحد أجزاء العقار - اذا كان واقعا في دوائر متعددة - بالنزاعات المتعلقة بكافة اجزائه المتفرقة (٢) . بينما تختص في المجال الدولي محاكم الدولة التي يقع في دائرتها جزء من العقار اختصاصاً مطلقاً بالنزاعات المتعلقة بهذا الجزء .

(١) ومع ذلك فيجوز أن تختص محكمة موطن المدعى عليه بالدعاوى العينية المنقولة حتى لو كان المال المنقول كائن في دولة أجنبية كما سئرى فيما بعد وذلك خلافاً للدعاوى العينية العقارية حيث تختص بها محاكم دولة الموقع دون غيرها . وراجع Niboyet المطول جزء ٦ ص ٤٤٧ .

(٢) راجع المادة ٥٠ من قانون المرافعات المصري الجديد (والمقابلة المادة ٥٦/١ من القانون القديم) وأنظر Guiche et Vincent السابق رقم ٢٣٢ .

١٦ - رابعا : اختصاص محكمة محل الالتزام

تختص محاكم دولة محل الالتزام وفقاً لهذا المبدأ بالمنازعات المتعلقة به .
ومحل الالتزام قد يكون محل انشائه كمحل انعقاد التصرف القانوني أو محل وقوع الفعل الضار . وقد يكون محل تنفيذ الالتزام كما هو الشأن بالنسبة لمكان تنفيذ العقد . فاذا نشأ الالتزام في دولة معينة أو تم تنفيذه في اقليمها انعقد الاختصاص لها كلها وفقاً للمبدأ المتقدم (١) .

وترجع القاعدة السابقة الى كون محكمة محل الالتزام هي غالباً أكثر من غيرها المأما بالثغروف والملايسات التي تحيط بالتراع المتعلق به .

١٧ - خامسا : جنسية المدعى عليه

تنص بعض التشريعات على اختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في الدعاوى المرفوعة ضد رعاياها أينما وجدوا . وتقوم هذه القاعدة على اعتبار سياسي مؤداه أن من وظائف قضاء الدولة اقامة العدل بين رعاياها . ولا يصح أن تتخلى الدولة عن ابنائها وتحرمهم من هذا الامتياز لمجرد اقامتهم في خارج اقليمها . فيكفي هنا ان يكون المدعى عليه متجنساً بجنسية الدولة حتى يختص قضاؤها بالدعوى المرفوعة ضده ولو لم يكن متوطناً أو مقياً فيها .

ويبدو أن هذه القاعدة من بقايا الماضي وحينما كان مرفق القضاء امتيازاً للوطنيين دون غيرهم . فلما تبين خطأ هذه الافكار واختص القضاء الوطني بالنظر في المنازعات المتعلقة بكافة من يقطنون الاقليم وطينين كانوا أم أجناب حفاظاً على الأمن والسكينة في الدولة ، تبقت مع ذلك القاعدة

(١) الدكتور فؤاد رياض السابق رقم ٤٥٣ والدكتور عز الدين عبد الله السابق من ٤٧٢ .
وراجع بالنسبة للالتزامات الناشئة عن الفعل الضار Niboyet الملغول جزء ٦ رقم ١٨٧٩ .

السابقة كأثر من آثار الافكار القائلة بأن مرفق القضاء هو امتياز لوطنيين على وجه الخصوص (١) .

١٨ - سادسا : الخضوع الاختياري *Prorogation volontaire*

ومؤدى هذا المبدأ الذى تأخذ به غالبية الدول (٢) . انه يحق للخصوم أن يتفقوا على قبول ولاية قضاء الدولة حتى لو لم تكن محاكمها مختصة بالتزاع أصلا وفقاً لأى من المبادئ السابقة .

وقد يكون الخضوع لولاية قضاء الدولة صريحاً كما لو نص المتعاقدون في الاتفاق المبرم بينهم على اختصاص قضاء دولة معينة بالنظر في المنازعات التى قد تنشأ عن تنفيذ العقد . كما يتصور أن يكون خضوع الخصوم لولاية قضاء الدولة ضمناً . ويحدث ذلك عندما يعين الخصوم موطناً مختاراً لهم في دولة معينة (٣) . أو حينما يترافع الخصم في دعوى مرفوعة ضده دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة . فالتجاء المدعى الى محاكم دولة غير مختصة بنظر التزاع في هذه الحالة يفيد خضوعه الاختياري لقضاؤها (٤) .

(١) الدكتور فوگاد رياض السابق رقم ٤٥٤ .

(٢) ومع ذلك فهناك دول لا تأخذ بمبدأ الخضوع الاختياري مثل الأرجنتين وأسبانيا - راجع في أوجه النقد الى وجهت المبدأ والرد عليها Tallon في رسالتها تحت عنوان :

La prorogation volontaire de juridiction en droit int. privé

- دالوز ١٩٦٥ ص ١٣٢ - ١٣٩ .

(٣) *Bartin* ص ٣٨٦ - ومع ذلك يشترط القضاء الفرنسى الحديث أن يكون هناك ما يستشف منه اتجاه نية الخصوم الى الخضوع الاختياري لمحاكم الدولة . فجرد انتقاء الخصوم لموطن مختار في دولة معينة لا يعد في حد ذاته دليلاً على خضوعهم الاختياري لمحاكم هذه الدولة .

راجع لقض مدني ١٢ نوفمبر ١٩٥٧ *Rev. crit.* ١٩٥٨ ص ٧٣٥ مع تعليق *Loussouarn* و *Tallon* رقم ٢٥٢ وما بعده .

(٤) *Tallon* في رسالتها السابق الإشارة اليها رقم ٢٥٩ وما بعده .

وسكوت المدعى عليه عن الدفع بعدم الاختصاص دلالة على قبوله الضمى
لولاية محاكم هذه الدولة (١) .

ومبدأ الخضوع الاختيارى على الوجه السالف مأخوذ عن القواعد العامة
فى الاختصاص الداخلى منذ القدم . ويبدو أن أول من قال به هو الفيلسوف
الاغريقى « افلاطون » حينما قرر أن أكثر المحاكم اختصاصا بنظر الدعوى
هى المحكمة التى ارتضى الخصوم الخضوع لحكمها (٢) .

وقد أصبحت هذه القاعدة أساسا تقليديا من الأسس التى يقوم عليها
الاختصاص المحلى فى القانون الداخلى ، حيث يصح للخصوم كقاعدة عامة
أن يتفقوا صراحة على اختصاص محكمة معينة بنظر النزاع القائم بينهم (٣) .

(١) راجع على سبيل المثال نقض فرنسى (الدائرة المدنية) « ابريل ١٩٥٧ Rev. crit. ١٩٥٧ ص ٢٢٥ .

(٢) Tallon فى رسالتها ص ١ .

(٣) ويلاحظ مع ذلك ان قانون المرافعات الجديد قد إستحدث حكما مؤداه عدم جواز الإلتفاق
مقدما على إختصاص محكمة ما محليا بنظر النزاع فى الأحوال المنصوص عليها فى الفقرة الثانية
من المادة ٦٢ . وتنص المادة ٦٢ من قانون المرافعات الجديد على أنه « إذا اتفق على إختصاص
محكمة معينة يكون الإختصاص لهذه المحكمة أو للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه -
على أنه فى الحالات التى ينص فيها القانون على تحويل الإختصاص لمحكمة على خلاف حكم المادة
٤٩ لا يجوز الاتفاق مقدما على ما يخالف هذا الإختصاص » .

وتنص المادة ٤٩ المشار إليها فى المادة السابقة على أنه « يكون الإختصاص للمحكمة التى يقع
فى دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك - فان لم يكن المدعى عليه موطن
فى الجمهورية يكون الإختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامته . . . » .

ومؤدى الفقرة الثانية من المادة ٦٢ أنه لا يجوز الإلتفاق مقدما على إختصاص محكمة معينة
محليا عندما ينص القانون على إختصاص محكمة أو محاكم ليس من بينها محكمة موطن المدعى عليه .
أما عندما يتفق الخصوم على إختصاص محكمة ما فى حالة يكون فيها الإختصاص فى الأصل لمحكمة
موطن المدعى عليه وحدها أو لمحكمة موطن المدعى عليه مع محكمة أو محاكم أخرى فلا محل للنسج
للخصوم من مثل هذا الاتفاق . ويتميز فى هذه الحالة إعمال حكم الفقرة الأولى من المادة ٦٢ ،
وهو ما يؤدى الى اختصاص المحكمة المتفق عليها أو محكمة موطن المدعى عليه .

بل يمكن للمدعى بدون اتفاق صريح أن يرفع دعواه أمام محكمة غير مختصة
على ما . وبعد ذلك تنازلا منه عن الدفع بعدم اختصاصها . ويكون للمحكمة
بناء على ذلك أن تنظر في الدعوى مالم يتمسك المدعى عليه بعدم اختصاصها
قبل التكلم في الموضوع . أما لو ترفع هذا الأخير في موضوع الدعوى
فبعد ذلك تنازلا منه عن الدفع بعدم الاختصاص . كل ذلك مالم تكن بصدده
حالة من الحالات الاستثنائية التي يتعلق فيها الدفع بعدم الاختصاص المحلي
بالنتائج العامة حيث يكون للمحكمة أن تقضى دائماً بعدم اختصاصها من تلقاء

« وأساس منع الإلتفاق مقدماً على محكمة معينة في الحالات المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة
٦٢ هو حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان (راجع في ذلك الدكتور أحمد أبو الوفا .
التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات . المجلد الأول . الطبعة الأولى .
الأسكندرية ١٩٦٩ ص ٢١٣ وما بعدها) . فقد راعى المشرع أنه عندما يحدد حالات معينة
للإختصاص المحل على خلاف القاعدة العامة فإنه يهدف إلى حماية الجانب الضعيف في الاتفاق .
أما إذا منح الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه مع محاكم أخرى فأنما يقصد مجرد التيسير على
الحصوم (الدكتور أحمد أبو الوفا . السابق ص ٢١٦) .

ويلاحظ في النهاية أن منع الحصوم من الإلتفاق مقدماً على إختصاص محكمة معينة وفقاً لفقرة
الثانية من المادة ٦٢ لا يحرمهم من الحق في الإلتفاق أثناء نظر الدعوى على إختصاص محكمة أخرى
غير المحكمة التي تنظر الدعوى - والمختصة أصلاً بنظرها - ولو أدى ذلك إلى إختصاص محكمة غير
تلك التي نص عليها المشرع وفقاً لفقرة الثانية من المادة ٦٢ . وأساس ذلك أن مثل هذا الاتفاق
لا يخشى منه أي تمسك . وفي ذلك يقول قرار لجنة مراجعة مشروع قانون المرافعات الجديد
« في الحالات التي ينص فيها القانون على الإختصاص لمحكمة على خلاف حكم القاعدة العامة (أي
لغير محكمة موطن المدعى عليه) لا يجوز الاتفاق مقدماً على استبعاد هذا الإختصاص وهذا نزول
خشية إملة الإرادة في عقود الإذعان وقت إبرامها . وتبقى الإرادة حرة في قبول الإختصاص
أو عدم قبوله بعد رفع الدعوى » .

ورغم من البيان أن المحكمة المختصة أصلاً وفقاً للمادة ٦٢/٢ أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المنطق
عليها لإصلاح الحكم المادة ١١١ من قانون المرافعات الجديد .

نفسها (١) .

ويقوم مبدأ الخضوع الاختيارى فى نطاق الاختصاص الداخلى على أساس أن قواعد الاختصاص المحلى لا تتعلق كقاعدة عامة بالنظام العام ومن ثم يجوز للخضوع الخروج عنها . اذ ليس هناك ثمة ضرر من التجاء المدعى الى محكمة بنها مثلا او الى محكمة طنطا مادام أن المدعى عليه قد قبل ذلك مختارا .

ولكن هل يصلح الاعتبار السابق أساسا لمبدأ الخضوع الاختيارى فى مجال الاختصاص الدولى ؟

هذا ما لا نعتقد . اذ لو كان الأصل فى قواعد الاختصاص المحلى هو أنها لا تتعلق بالنظام العام . فان الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لقواعد الاختصاص الدولى والتي تنتم بالصفة الآمرة فى غالبية الأحوال . فهذه القواعد تحدد ولاية قضاء الدولة ازاء المنازعات التى تثور على اقليمها وترتبط بذلك بوظيفة أساسية من وظائف الدولة وهى أداء العدالة فى الاقليم . فنحن نعلم أن العدالة هى احدى مهام الدولة الرئيسية تباشرها عن طريق سلطتها القضائية بفرض تحقيق مصلحة عامة هى اقرار النظام والسكينة فى الاقليم . وتلك اعتبارات تمس بالضرورة صميم النظام العام (٢) . فلا

(١) Morel, Traité élémentaire de procédure civile الطبعة الثانية - سيراى ١٩٤٩ رقم ٢٦٩ وما بعده . والدكتور احمد ابو الوفا نظرية اللفوق رقم ١٩ والدكتور جميل الشراوى السابق ص ١٤٢ - ومن أمثلة الحالات التى يتعلق فيها الاختصاص المحلى بالنظام العام الاختصاص بالنمسا اعادة النظر حيث تختص بذلك المحكمة التى اصدرت الحكم دون غيرها - راجع أمثلة اخرى فى الدكتور احمد ابو الوفا السابق ص ٤٤ وما بعدها .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله ص ٥٢٧ - ٥٢٨ . وراجع مع ذلك Tallon رقم ٢٢٢ وما بعده وهى ترى أن تحديد مدى اتصال قاعدة الإختصاص الدولى بالنظام العام يستلزم الرجوع الى المحكمة التى يهدف اليها المشرع من وراء تقرير كل قاعدة على حدة ، نغ ملاحظة أن تعلق قاعدة الإختصاص الدولى بالنظام العام لا يعنى أن قاعدة الإختصاص المحلى الماثلة تتعلق هى الأخرى بالنظام العام أو العكس .

يعقل أن يكون التجاء الخصوم الى محكمة بنها بدلا من محكمة طنطا في المثال الذي ضربناه حالا : مماثل لخصومهم الاختيارى لمحكمة باريس بدلا من محكمة القاهرة . ففي الحالة الأولى تخضع كل من المحكمتين لدولة واحدة وبالتالي لسيادة واحدة ومن ثم فلا ضرر كأصل عام من اتفاق الخصوم على الالتجاء الى احدهما دون الأخرى . أما في الفرض الثانى فان الأمر يتصل بسيادة الدولة بصفة مباشرة وبالتالي بالنظام العام فيها .

ولا أدل على صدق هذا التحليل من أن الكثير من دول العالم وان اتفقت على تحويل ارادة الخصوم اثر مانع لاختصاصها فهي لا تعترف للارادة - على العكس - بأثرها السالب . بمعنى أنها تحرم الخصوم كأصل عام من الخروج عن قواعد الاختصاص الدولى فيها والاتفاق على الخصم - خروج الاختيارى لمحاكم دولة أجنبية على نحو ما سنرى فيما بعد . وفى ذلك دلالة على تعلق قواعد الاختصاص الدولى بالنظام العام .

وعلى هذا يصعب القول بأن أساس الخضوع الاختيارى لمحاكم الدولة هو الصفة غير الآمرة لقواعد الاختصاص الدولى أسوة بما عليه المحال بالنسبة للاختصاص المحلى .

وقد يبدو غريبا لأقول وهلة أن تأخذ الدول المختلفة بفكرة الخضوع الاختيارى كضابط لاختصاص محاكمها بنظر التراجع ، بينما لا تقبل غالبيتها هذه الفكرة اذا ما اتفق الخصوم على الخضوع لمحاكم دولة أخرى . ولكن اذا تجربنا الأمر بدقة لما وجدنا أى غرابة فى هذا الوضع . ذلك لأنه اذا اتفق الخصوم على الخضوع لولاية قضاء دولة أجنبية فى حالة من الحالات التى تدخل فى صميم اختصاص القضاء الوطنى ، فان ذلك سوف يتعارض غالبا مع ما قدره المشرع من كون المحاكم الوطنية دون غيرها هى التى يتعين عليها نظر هذا التراجع كضمانة للأمن والسكينة فى الاقليم . أما اذا اتفق

الخصوم على الخضوع لولاية القضاء الوطنى فى غير الأحوال التى تختص فيها بحاكم الدولة بالتراجع وفقاً لضوابط الاختصاص الأخرى فليس فى ذلك - كأصل عام - ما يمس سيادة الدولة على إقليمها أو اعتبارات الأمن والسكينة فيها (١) .

ومن جهة أخرى فإنه يمكن لنا القول بأنه وما دام المشرع قد سمح لإرادة الخصوم بهذا الأثر المانع لاختصاص القضاء الوطنى فإن ذلك يعد فى ذاته ضابطاً قانونياً للاختصاص الدولى للمحاكم أسوة بغيره من ضوابط الاختصاص الأخرى (٢) . وللمشرع بداهة أن يعطى للإرادة هذا الأثر المانع للاختصاص ويجردها - على العكس - من أثرها السالب لولاية المحاكم الوطنية نظراً لتعلق قواعد الاختصاص الدولى بالنظام العام . ولاشك أن هذه النتيجة - والمخالفة تماماً للمبادئ العامة فى الاختصاص الداخلى - تمتد دلالة واضحة على مدى تأثير قواعد الاختصاص الدولى بفكرة سيادة الدولة .

ونخلص بذلك إلى أن مبدأ الخضوع الاختيارى لمحاكم الدولة - والسبب تأخذ به غالبية الدول - هو ضابط للاختصاص الدولى للمحاكم أسوة بغيره من الضوابط التى أسلفنا الإشارة إليها . فهو لا يعبر عن أى صفة مقررة لقواعد الاختصاص الدولى . بمعنى أن عقد الاختصاص لمحاكم الدولة بناء على إرادة الخصوم فى الخضوع لولاية قضائها لا يعنى أن قواعد الاختصاص الدولى لمحاكم هذه الدولة لا تتعلق بالنظام العام . وإنما كل ما فى الأمر هو

(١) الدكتور من الدين عبد الله السابق ص ٥٣٣ .

(٢) وليس فى ذلك أى غرابة فالمشرع المصرى - أسوة بما عليه الحال فى كافة الدول الأخرى - قد جعل من الإرادة ضابطاً للاختصاص التتريعى فى مجال العقود الدولية . راجع رسالتنا فى « مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى » رقم ٩٨ .

أن إرادة الخصوم تعد في حد ذاتها ضابطا للاختصاص أسوة بغيره من ضوابط الاختصاص الأخرى . أما عجز الإرادة عن سلب اختصاص المحاكم الوطنية فيرجع إلى كون الإرادة كما رأينا ضابطا لاختصاص القضاء الوطني وليست وسيلة إلى سلب اختصاص هذا القضاء (١) .

وعمل الفقه الحديث إلى تأكيد حق المحكمة في الحكم من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها بنظر الدعوى رغم خضوع الخصوم اختياريا لولايتها إذا كان النزاع لا يرتبط بإقليم الدولة على أي وجه كان .

ويرجع هذا الحق بدوره - والذي يخالف هو الآخر المبادئ العامة في الاختصاص المحلي - إلى مبدأ قوة النفاذ وفكرة سيادة الدولة .

فمن جهة يلاحظ أنه لا يصح أن يكون في تنازل الخصوم عن الدفع بعدم الاختصاص وقبولهم بالتالي ولاية القضاء الوطني ما يجبر هذا القضاء على النظر في نزاع لا يرتبط بالإقليم على أي وجه من الوجوه (٢) . وبالتالى

(١) ومع ذلك فقد توسع الدولة بمقتضى المعاهدات الدولية بأن يتفق الخصوم - في حدود معينة - على الخروج من قواعد الإختصاص الدولى لهاكها والخضوع لولاية قضاء إحدى الدول الأخرى المتعاهدة . وفي هذه الحالة تختص محاكم الدولة التي اتفق الخصوم على الخضوع لولايتها بنظر النزاع القائم بينهم ، بينما يتعين على محاكم الدول الأخرى المتعاهدة كفاعدة عامة أن تقضى بعدم اختصاصها بالدعوى . راجع على سبيل المثال المواد ٥ ، ٦ من مشروع الاتفاقية الخاصة بالخضوع الاختيارى والتي أقرت في الدورة العاشرة لمؤتمرات لاهي المنعقد من ٧ إلى ٢٨ أكتوبر ١٩٦٤ والذي اشتركت فيه الجمهورية العربية المتحدة . راجع نصوص المشروع منشورة في Rev. crit. de dr. int. privé ١٩٦٤ ص ٨١٣ وما بعدها وراجع في التعليق عليها : Lagarde, La dixième session de la conférence de La Haye de dr. int. privé منشور في Rev. crit. ١٩٦٥ ص ٤٤٩ وما بعدها .

(٢) Bauer في رسالته رقم ١٧٨ ويلاحظ أن القضاء الإنجليزي لا يتقيد كيدا باتفاق الخصوم على الخضوع الاختيارى لولايته ما لم تكن هناك معاهدة دولية تنص على خلاف ذلك - راجع Gutteridge في بحثه بمجموعة محاضرات لاهي ١٩٢٣ مجلد ٤٤ ص ١٧٢ وما بعدها .

لا تضمن الدولة كفالة آثار الحكم الصادر في شأنه .

فما الذى يدعو المحاكم المصرية مثلاً للنظر في نزاع بين فرنسيين غير متوطنين في مصر يتعلق بحق عيني على عقار كائن في فرنسا . وهل يصح إجبارها في هذه الحالة على الخضوع لإرادة الخصوم الذين اتفقوا على قبول اختصاصها بمثل هذا النزاع ؟ نحن لا نعتقد ذلك ونرى أن من حق المحاكم المصرية أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها رغم خضوع الخصوم اختياريًا لولاية قضائها . فاختصاص المحاكم المصرية بنظر مثل هذا النزاع يتعارض تمامًا مع مبدأ قوة النفاذ لانعدام وجود أى رابطة مادية بين النزاع في هذه الحالة وبين إقليم الدولة . بل ان الحكم المصرى الذى يصدر في دعوى مماثلة لن يلقى التنفيذ في الخارج لأن الدولة الأجنبية المختصة بالدعوى أصلاً سوف ترفض الاعتراف بآثار هذا الحكم لصدوره من قضاء غير مختص . ولا شك أنه من غير المقبول أن يصدر القضاء حكماً يعلم مقدماً أنه معلوم القيمة الحقيقية (١) .

ومن جهة أخرى فإن كان المشرع قد جعل من إرادة الخصوم ضابطاً للاختصاص الدولي للقضاء الوطنى فإنه يتعين أن يكون هذا الضابط قائماً على أسس ثابتة حتى لا ينتهى الأمر بانصباع القضاء الى أهواء الخصوم على نحو يخل بحق الدولة الأصل في تنظيم اختصاص محاكمها بما يتفق ومبدأ سيادتها على إقليمها .

فإذا كان من المقبول ان يتفق الخصوم على الخضوع الاختياري لمحاكم دولة ما فإنه من المتعين بلاهة أن يكون ذلك في حدود المقبول حتى لا يترك الأمر

لأهوائهم أو مجرد رغبتهم في التهرب من أحكام قانون معين (١) .

وتبدو أهمية المشكلة في مواد الأحوال الشخصية وبصفة خاصة في مسائل الطلاق حيث يعتمد الخصوم الالتجاء الى محاكم الدولة التي يعلمون مقدما أنها مستحكمة على النحو الذي يتفق ومصالحهم . ولعل هذا الاعتبار هو الذي حدا بالفقه الفرنسي الى رفض فكرة الخضوع الاختياري في مواد الأحوال الشخصية مقررًا أن على المحكمة أن تقضى في هذه الحالة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها (٢) .

ومهما كان الأمر فإن كان صحيحا أن البواعث التي قد تدفع الخصوم الى الخضوع الاختياري لمحاكم دولة معينة متعددة ولا تدخل تحت حصر ، الا أنه يجب على الأقل أن تكون هناك ثمة مصلحة مشروعة دفعت بالخصوم الى الالتجاء الى قضاء هذه الدولة .

ولعل الأمر يقترب في هذا الفرض مما استقر عليه فقه القانون الدولي الخاص في شأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية . فنحن نعلم أن

(١) فقد يصعد الخصوم التهرب من ولاية المحكمة المختصة أصلا بالنزاع ويخضعون باختيارهم لولاية محاكم دولة أخرى يعلمون مقدما أن قواعد الاسناد فيها تشير بتطبيق قانون مختلف . ولا شك عندنا في أن مثل هذا المسلك يتضمن شكا نحو القانون رغم أنه لا ينطوي على تغيير في ضابط الاسناد ، وانما يتضمن تهربا مصدا من قواعد الإختصاص القضائي بفرض الانالات من أحكام القانون الواجب التطبيق . أنظر في امكان اعمال نظرية الفس في مجال الإختصاص القضائي الدولي Lagarde في تعليقه على حكم محكمة باريس الصادر في ١٩ فبراير ١٩٦٠ والمنشور في Rev. crit. ١٩٦١ ص ١٨٢ وما بعدها وبصفة خاصة ص ١٩٢ .

(٢) Bauer في رسالته رقم ١٧٤ وما بعده . وراجع للمادة الثانية من مشروع الخضوع الاختياري التي أقره مؤتمر لاهاي السابق الاشارة إليه . وتنص الفقرة الأولى من هذه المادة على عدم جواز الخضوع الاختياري في المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والروابط العائلية . راجع Rev. crit. ١٩٦٤ ص ٨٢٨ .

ضابط الاسناد في هذه الحالة هو ارادة المتعاقدين . ومع ذلك فان فقهاء القانون الدولي الخاص قد اشترط أن يكون القانون الذى اختاره المتعاقدون لحكم العقد الدولي المبرم بينهم على صلة بهذا العقد وليس غريبا تماما عنه (١) .

فان كان الأمر كذلك بالنسبة للاختصاص التشريعى فانه وبالمثل يتعين ، في مجال الاختصاص القضائى ، الا تكون المحكمة التى اختارها الخصوم للفصل فى النزاع الناشئ بينهم على غير اتصال بهذا النزاع بأى وجه من الوجوه (٢) . ويكون للمحكمة فى هذه الحالة الأخيرة أن تقضى بمسدم اختصاصها من تلقاء نفسها خلافا للقواعد المستقرة فى شأن الاختصاص المحلى (٣) .

ويتفق هذا النظر مع ما استقر عليه القضاء الغالب فى كل من إيطاليا وإنجلترا وجانب من القضاء الفرنسى من ضرورة أن تكون هناك ثمة رابطة بين النزاع الذى اتفق الخصوم على طرحه أمام محاكم الدولة من جهة وبين

(١) Batiffol الموطول رقم ٥٧٤ .

(٢) راجع عكس هذا رأى Tallon السابق ص ٢٠٣ حيث ترى الفقيه الفرنسية أنه من العسير تحديد الصلة المطلوبة بين المحكمة التى اختارها الخصوم والنزاع المطروح أمامها . فتلك مسألة قد ترجع الى اعتبارات محض شخصية كأن يكون هؤلاء على ثقة خاصة بقضاء دولة معينة (المرجع السابق ص ٢٠١) .

(٣) ومع ذلك يصر القضاء الفرنسى الغالب على ضرورة التمسك بالدفع بعدم الاختصاص الدولي قبل التكلم فى الموضوع والاسقاط الحقيقى . راجع على سبيل المثال نقض ٦ مايو ١٩٢٩ Dalloz ١٩٢٩ ص ٣٤٨ وراجع Batiffol الموطول رقم ٦٩٩ . وأنظر مع ذلك نقض فرنسى ١٩ أبريل ١٨٥٩ منشأه فى Tallon السابق ص ٢١٥ هامش (١) حيث قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنزاع يتعلق بمقار كائن فى دولة أجنبية رغم عضوم الخصوم اختياريا للقضاء الفرنسى .

أقليم هذه الدولة من جهة أخرى (١) . ويجد هذا الحل أساسه في مبدأ قوة النفاذ والذي يتطلب أن تكون محاكم الدولة قادرة على الفصل في النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر في شأنه .

وهذه النتيجة التي انتهينا إليها تؤكد مرة أخرى الطابع الخاص لقواعد الاختصاص الدولي وتقطع بخطأ الرأي القائل بأن أحكام هذا الاختصاص تتطابق دائماً مع قواعد الاختصاص المحلي .

١٩ — سابها: الاختصاص بطلب الاجراءات الوقفية Mesures Provisoires

من القواعد المستقر عليها في غالبية التشريعات أن محاكم الدولة تختص باتخاذ الاجراءات الوقفية والضرورية للمحافظة على الحقوق حتى يتم الفصل في النزاع الأصلي المطروح أمام القضاء الأجنبي (٢) . وتطبيقاً للمبدأ السالف تختص محاكم الدولة بطلب النفقة الوقفية الذي تقدم به الزوجة الأجنبية أثناء نظر دعوى التطلق المرفوعة أمام المحكمة المختصة في دولة أخرى ولو لم يكن القضاء الوطني مختصاً بالنزاع الأصلي (دعوى التطلق) . كما تختص المحاكم الوطنية تطبيقاً لنفس المبدأ بالاجراءات التحفظية على الأموال محل النزاع كتمعين حارس عليها حتى لو كانت الدعوى الأصلية مرفوعة أمام القضاء الأجنبي .

(١) انظر في عرض هذا القضاء Tallon في رسالتها رقم ٢١٣ وما بعده . وقد أقرت اتفاقية لاهاي في شأن الموضوع الاختياري والسابق الإشارة إليها هذا المبدأ فنصت المادة ١٥ منها على حق كل من الدول المتعاهدة في عدم الاعتداد بالاتفاق على الموضوع لولاية محاكمها فيما لو تبين أن النزاع لا يرتبط بإقليمها بل يوجه كان . راجع Rev. crit. ١٩٦٤ ص ٨٢٩ — وراجع عكس هذا الرأي معروضا في Tallon المرجع السابق رقم ٣١٧ وما بعده .

(٢) Lerebours - Pigeonnière et Lousouarn اللوجز رقم ٢٩٩
والدكتور فوادي رياض رقم ٤٥٧ .

ويقوم اختصاص القضاء الوطنى بالاجراءات الوقتية على الوجه السالف على اعتبارات العدالة وضرورة حماية الحقوق والأموال المتنازع عليها ، وهو الأمر الذى تستلزمه متطلبات الأمن والسكينة فى الدولة (١) .

٢٠ - ثامنا : حالة الارتباط Gonnextité

من المبادئ المقررة فى معظم بلاد العالم أن محاكم الدولة تختص بالدعوى المرتبطة بالدعوى الأصلية المرفوعة أمامها . فإذا كانت محاكم دولة معينة تختص بتزاع مطروح أمامها بصفة أصلية فيكون لها أن تنظر بالمثل فى الدعوى المرتبطة بهذا النزاع ولو لم تكن هذه الأخيرة لنا يدخل فى ولايتها أصلا (٢) .

ويقوم الارتباط عادة على أساس وحدة موضوع الدعوى أو سببها أو أطرافها . ومع ذلك فقد يقوم الارتباط فى غير هذه الأحوال كما لو كان بين الدعويين صلة وثيقة تجعل من حسن سير العدالة الحكم فيهما معاً . ومن أمثلة الارتباط دعوى الموكل على وكيله برد ما سلمه إليه من مستندات ودعوى الوكيل على الموكل بالمطالبة بالمصاريف والأتعاب . كذلك الدعوى التى يرفعها متعاقد بتنفيذ العقد والدعوى التى يقيمها المتعاقد الآخر ببطلان العقد .

ولاشك أن اعتبارات حسن سير العدالة وتلافى الأحكام المتعارضة التى اقتضت الأخذ بقاعدة الارتباط فى القانون الداخلى (٣) ، هى أيضا التى أملت أعمال هذه القاعدة فى مجال الاختصاص الدولى .

(١) Bauer فى رسالته رقم ١٠٩ و Batiffol للطول رقم ٦٩٨ و ٤٦٨ .

(٢) Niboyet رقم ١٨٤٣ والدكتور فواد رياض رقم ٤٥٦ .

(٣) Morel رقم ٢٨٣ ، ٣٠٢ والدكتور جميل الشرقاوى ص ١٤٩ وما بعدها .

ومع ذلك نظل لفكرة سيادة الدولة وللاعتبارات الدولية أثرهما على نظرية الارتباط مطبقة في مجال الاختصاص الدولي . ولذا نجد أن القضاء ورغم أنه قد جرى في فرنسا وغالبية الدول الأخرى على تأكيد اختصاصه بالدعوى التي ترتبط بنزاع أصلي يدخل في ولايته . فانه لا يقبل على العكس التخلي عن اختصاصه بالدعوى التي رفعت اليه ولو كانت مرتبطة بدعوى أصلية منظورة أمام قضاء دولة أخرى (١) . « فتطبيق المبدأ المذكور كان يقتضي في هذه الحالة الأخيرة بأن تتخلى محاكم الدولة عن الدعوى المرتبطة لتنظرها المحكمة الأجنبية المختصة بنظر النزاع الأصلي » (٢) .

وهذا التطبيق غير المنطوق لقاعدة الارتباط في المجال الدولي يرجع الى عدم وجود سلطة عليا تتولى توزيع الاختصاص بين محاكم مختلف الدول ، ومن ثم تستقل كل دولة بوضع قواعد اختصاص محاكمها على الوجه الذي تراه ملائما لها دون اعتداد بما قد يؤدي اليه هذا الوضع من تضارب الأحكام وتجاهل لاعتبارات حسن سير العدالة (٣) .

ومهما كان الأمر فلعله من الخير أن يقبل القضاء الوطني الدفع باحالة الدعوى الى القضاء الأجنبي للارتباط اذا كانت محاكم الدولة الأجنبية أقدر على الفصل في النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر في شأنه . ونحن نكتفي هنا بالإشارة الى هذه الفكرة والتي سنعود الى دراستها تفصيلا عند التعرض لقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية .

(١) Niboyet ص ٤٦٥ .

(٢) الأستاذ الدكتور نوّاد رياض المرجع السابق ص ٤٧٢ .

(٣) Batiffol المجلد ص ٧٨١ .

الفصل الثالث

الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية.

٢١ - تمهيد

عدد المشرع في المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية القديم رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية .

وقد جرى الفقه والقضاء عند صدور القانون القديم على الرجوع إلى المادة ٣ منه لمعرفة مدى اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المتضمنة عنصراً أجنبياً وسواء تعلق النزاع بمواد الأحوال العينية ، أو بمواد الأحوال الشخصية .

وكان هذا المسلك يقوم على أساس عموم نص المادة ٣ « وعدم تصريح المشرع بما اذا كانت هذه المادة تتضمن ضوابط الاختصاص بمواد الأحوال العينية والأحوال الشخصية على السواء ، أم أنها تتعلق بمسائل الأحوال العينية دون غيرها .

واستمر الحال كذلك حتى صدور القانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٥١ والذي أضاف به المشرع كتاب رابع الى قانون المرافعات القديم في شأن الاجراءات المتعلقة بالأحوال الشخصية تضمن الفصل الأول من الباب الأول منه قواعد الاختصاص العام للمحاكم المصرية في مسائل الأحوال الشخصية

للأجانب « (١) . وجاء بالمذكورة الإيضاحية لهذا القانون ان المشرع قد هدف الى وضع ضوابط اختصاص المحاكم المصرية بمواد الأحوال الشخصية . « لأنه لوحظ ان نص المادة « ٣ » من قانون المرافعات قليل الحدودى فى تحديد أسس الاختصاص فى مسائل الأحوال الشخصية » . ومنذ ذلك الحين إستقر فقه القانون الدولى الخاص فى مصر على تقسيم دراسة الاختصاص القضائى الدولى الى قسمين : الأول يتعلق بضوابط الاختصاص فى مواد الأحوال العينية ، ويتضمن بحث ضوابط الاختصاص المشار إليها فى المادة « ٣ » من قانون المرافعات . والثانى يتعلق بالاختصاص فى مواد الأحوال الشخصية . ويشتمل على دراسة ضوابط الاختصاص المنصوص عليها فى المواد من ٨٥٩ إلى ٨٦٧ والتي تضمنها الكتاب الرابع من قانون المرافعات (٢) .

وقد سبق لنا ان انتقدنا هذا النظر . لأن المشرع وان قصد باضافته للباب الرابع أساسا وضع ضوابط الاختصاص التى تتلاءم مع مواد الأحوال الشخصية ، إلا أنه قد تدارك بهذه المناسبة أيضاً النقص الذى كانت تعانيه المادة « ٣ » حتى بالنسبة لمواد الأحوال العينية . وبذلك يمكن القول بأن القواعد الواردة بالباب الرابع لم تكن تتضمن المبادئ الخاصة ببعض الدعاوى المحددة والمتعلقة بمواد الأحوال الشخصية فقط . وإنما تتضمن هذه القواعد أيضاً الكثير من المبادئ العامة الواجبة التطبيق سواء فى مواد

(١) المواد من ٨٥٩ إلى ٨٦٧ .

(٢) راجع فى اتباع هذا المنهج على سبيل المثال الدكتور عز الدين عبد الله . الجزء الثانى . الطبعة الثانية رقم ١٧٤ وما بعده وبصفة خاصة ص ٤٨٩ والدكتور محمد كمال فهمى . أصول القانون الدولى الخاص . الاسكندرية ١٩٥٥ ص ٤٩٠ وما بعدها .

الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية (١) .

ولا أدل على ذلك من أن الكثير من ضوابط الإختصاص التي كان يتضمنها الباب الرابع لا تعد حكراً على مواد الأحوال الشخصية دون غيرها . بل تتضمن الكثير منها مبادئ عامة تصلح للتطبيق سواء في مواد الأحوال العينية أو مواد الأحوال الشخصية . من ذلك حرص المشرع على النص على مبدأ الخضوع الإختياري كضابط لإختصاص المحاكم المصرية (المادة ٨٦٢) ، وتأكيده لإختصاص هذه المحاكم بالتدابير الوقائية والتحفظية التي تنفذ في مصر (المادة ٨٦٣) ، وبالدعاوى المرتبطة والمسائل الأولية (المادة ٨٦٤) .

وعلى هذا النحو انتهينا في ظل القانون القديم الى ان النصوص المنظمة للإختصاص الدولي والتي تضمنها الكتاب الرابع تشتمل على جانب من المبادئ العامة الى يتعين الرجوع إليها سواء في مواد الأحوال الشخصية أو العينية إلى جانب إشتغالها على ضوابط الاختصاص بدعاوى الأحوال الشخصية بصفة خاصة .

فالعبارة ليست اذن بوضع النص وما اذا كان مدرجاً بالكتاب الرابع من علمه ، وانما يجب الاعتداد أساساً بتحليل كل نص على حده لرى ما اذا كان يتضمن قاعدة عامة صالحة للتطبيق سواء في مواد الأحوال العينية أو في مسائل الأحوال الشخصية ، أم أنه يتعلق — على العكس — ببعض الدعاوى

(١) راجع دروسنا في تنازع الاختصاص القضائي الدول (حل الآلة الكاتبة) لملقاه على طلبة السنة الرابعة بليسانس الحقوق . جامعة الاسكندرية . العام الجامعي ١٩٦٧ - ١٩٦٨ ورقم ١٧ .

المحددة التي تدخل في فكرة الأحوال الشخصية وفقاً لمفهومها لدى الفقه التقليدي (١) .

وقد جاء قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ (٢) مؤكداً هذه الأفكار ، إذ حرص المشرع على إلغاء الفصل الخاص بقواعد الاختصاص العام في مواد الأحوال الشخصية والملحق بالكتاب الرابع من القانون القديم (المواد من ٨٥٩ إلى ٨٦٧) ، وجاء الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون المرافعات الجديد شاملاً لقواعد « الاختصاص الدولي للمحاكم » دون تفرقة في شأنها بين مواد الأحوال العينية ومواد الأحوال الشخصية (المواد من ٢٨ إلى ٣٥) .

(١) راجع دروستا في تنازع للاختصاص القضائي الدولي . السابق الاشارة اليها رقم ١٧ . ويؤكد هذا المعنى ما قرره جانب من الفقه المصري الحديث بصراحة من أن مسائل الأحوال الشخصية التي عدتها المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الملغى لا تجمعها فكرة علمية موحدة . فاصطلاح الأحوال الشخصية هو من مخلفات الإمتيازات الأجنبية وليست له دلالة علمية واضحة . راجع مقال الدكتور سبر تناقوش تحت عنوان « اصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الإمتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء » منشور في مجلة مصر المعاصرة . أكتوبر ١٩٦٧ ص ١٨٧ وما بعدها .

(٢) وقد صدر قانون المرافعات الجديد في ٧ مايو ١٩٦٨ ، ونصت المادة الأولى من قانون إصداره على أن « يلغى قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ هذا الباب السابع من الكتاب الأول الخاص بإجراءات الإثبات والفصل الثاني من الباب الثالث عشر من الكتاب الأول الخاص بالمعارضة والمواد من ٨٦٨ إلى ١٠٣٣ من الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية كما يلغى الباب الأول من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، ويستعاض عن النصوص الملغاة بنصوص القانون المرافق ، كما يلغى كل نص آخر يخالف أحكامه » . وجدير بالذكر أن الباب السابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ والخاص بإجراءات الإثبات والتي استقيته المادة الأولى من قانون إصدار قانون المرافعات الجديد على نحو ما رأينا قد ألغى بدوره بمقتضى المادة الأولى من قانون إصدار قانون الإثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

وتنص المادة الرابعة من قانون إصدار قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أن « ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ، ويعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره » .

ولم يفت المشرع في القانون الجديد أن ينص على بعض الضوابط الخاصة بالمنازعات التي تقتضى طبيعتها أفراد قواعد مستقلة ، والتي تتعلق معظمها بمواد الأحوال الشخصية وفقاً لمفهومها التقليدى .

وفى خارج هذه الأحوال الخاصة ، تبقى النصوص الأخرى متضمنة المبادئ العامة فى الإختصاص الدولى للمحاكم المصرية دون تفرقة بين مواد الأحوال العينية أو الأحوال الشخصية .

وفى سبيل تأكيد هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد ان المشرع قد رأى ان يجمع قواعد الإختصاص الدولى للمحاكم المصرية فى صعيد واحد « فأفرد لها الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول ، مادامت هى نقطة البداية لمزاولة المحاكم وظيفتها فخالف بهذا المنحى مسلك قانون المرافعات الحالى ، الذى يوزعها بين المادة « ٣ » والمواد من ٨٥٩ إلى ٨٦٧ منه ، وهو توزيع لا يقوم على أساس فقهى وإنما يرجع الى أسباب تاريخية وقد راعى المشرع لإطلاق قواعد الإختصاص القضائى الدولى لمحاكم الجمهورية لتعمل فى مواد الأحوال العينية وفى مواد الأحوال الشخصية على السواء ، إلا حيث تقتضى الملاءمة تخصيص بعض المنازعات بقواعد معينة » .

ونتولى فيما يلى دراسة قواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية والتي تضمها قانون المرافعات الجديد .

٢٢- أولا : الاختصاص القائم على الجنسية المصرية للمدعى عليه

أكد المشرع المصرى فى المادة ٢٨ من قانون المرافعات الجديد إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى اذا كان المدعى عليه يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة .

ومع ذلك فقد وضع المشرع إستثناء على هذا المبدأ مؤداه ألا تختص

محاكم الجمهورية بالدعوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج ولو كان المدعى عليه مصري الجنسية .

ونتولى فيما يلي بيان المبدأ العام في اختصاص المحاكم المصرية القائم على الجنسية المصرية للمدعى عليه والاستثناء الذي قرره المشرع على هذا المبدأ .

(١) المبدأ العام : الجنسية المصرية للمدعى عليه

نود من البداية ان نستبعد فرض لا يثير أدنى شك في القانون المصري وهو أن المحاكم المصرية لا تختص بنظر النزاع بمجرد ان المدعى يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة . ذلك ان جنسية المدعى وحدها لا تكفي كضابط للإختصاص . وإذا كان صحيحاً ان المشرع الفرنسي قد أخذ بهذا الضابط في المادة ١٤ من القانون المدني ، إلا ان الفقه هناك قد وجه الى هذا النص نقداً مرأاً لأنه يعد خروجاً على المبادئ العامة في الإختصاص القضائي الدولي . فالنص السابق لا يتضمن في واقع الأمر سوى ضابط سيامي محض لا يجوز ان يقوم عليه وحده إختصاص المحاكم الوطنية (١) . ومهما كان من أمر الاتجاه الحديث في الفقه الفرنسي الآن والذي عاد مرة أخرى إلى مباركة القاعدة التي تضمنتها المادة ١٤ على أساس أنها تكفل للفرنسيين قضاء عادل يلجأون إليه عند المطالبة بحقوقهم نظراً للوضع الدولي الراهن وإحتمال ان تكون الدولة التي تختص بحاكمها بالنزاع من الدول التي لم يصل قضائها الى الحد الذي يوحى بالثقة (٢) ، فقد أغنانا المشرع المصري عن

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٦٨٤ و Niboyet الجزء السادس رقم ١٧٤٧ .

(٢) راجع Bauer, Competence judiciaire int. des tribunaux civils Français et Allemands الرسالة السابق الإشارة إليها رقم ٦٧ و Batiffol المطول رقم ٦٨٤ .

التصدى لمثل هذا الجدل إذ لم ينص على جنسية المدعى كضابط عام لإختصاص المحاكم المصرية . ولا يمكن لنا القول بأن سكوته يتضمن معنى الأخذ بالمبدأ السالف ، فقد رأينا خلال دراستنا السابقة ان القواعد العامة في الإختصاص الدولي المأخوذ بها في معظم دول العالم لم تتضمن جنسية المدعى كضابط للإختصاص . فالحكم الوارد بالمادة ١٤ من القانون المدنى الفرنسى هو حكم محل نظر ولا يجوز لنا من ثم الإهتمام به (١) .

أما بالنسبة للجنسية المصرية للمدعى عليه فقد أخذ بها قانون المرافعات الجديد كضابط لإختصاص محاكم الجمهورية العربية المتحدة في المنازعات المتضمنة عنصر أجنبيا . اذ نصت المادة ٢٨ من هذا القانون على أنه « تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على المصرى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج » .

وقد كان الفقه مختلفا في ظل قانون المرافعات القديم حول مدى جواز الأخذ بضابط الجنسية . إذ لم يكن هناك نصاً صريحاً في هذا المعنى كما هو الشأن في القانون الجديد . كل ما في الأمر هو ان المشروع التمهيدى للقانون القديم كان يتضمن نصاً متقولاً عن المادة ١٣ من التقنين المدنى المختلط يقرر الأخذ بضابط الجنسية . فقد نصت المادة ٢١ من هذا المشروع على أن « أى مصرى تجوز مقاضاته أمام محاكم البلاد بسبب ما ترتب في ذمته من التزامات حتى ما نشأ منها في الخارج » . وقد حلف هذا النص عند صدور القانون مما أثار التساؤل في ذلك الوقت عما اذا كان سكوت المشروع عن

(١) وهو ما انتهى اليه أيضاً الفقه المصرى الرائد . راجع الدكتور حامد زكى . القانون الدول الخامس . الطبعة الأولى ١٩٣٦ ص ٣٨٧ وما بعدها .

النص على جنسية المدعى عليه كضابط للإختصاص يعنى رفض الأخذ بهذا المعيار ، أم أن المشرع لم يجد داعياً — على العكس — لتقرير حكم مسلم به وفقاً للقواعد العامة فى الإختصاص الدولى .

فذهب جانب من الفقه المصرى إلى القول بأن سكوت المشرع عن النص على ضابط الجنسية المصرية للمدعى عليه لا يعنى رفضه لهذا الضابط كمعيار لإختصاص القضاء الوطنى . ذلك أن « المصرى يخضع لولاية القضاء المصرى سواء كان مقبلاً فى مصر أو فى الخارج لأن هذه الولاية إقليمية بالنسبة للمصريين والأجانب المقيمين فى إقليم الدولة وهى شخصية بالنسبة للمصريين المقيمين فى الخارج » . (١)

وحاول هذا الرأى ان يوفق بين مصلحة المدعى عليه المصرى فى أن يقاضى أمام محاكم بلاده وبين ما قد يسبب له هذا الوضع من ضرر بسبب اضطرابه للسعى إلى مصر رغم توطنه خارجها بالقول بأنه « وبالرغم من ذلك وبالنظر الى الوضع الغالب وهو توطن المصريين فى بلدهم يكون إختصاص المحاكم المصرية محققاً لمصلحة المدعى عليه ويكون هذا الإختصاص مبتنياً فى الغالب على ضابط آخر غير الجنسية هو ضابط الموطن » (٢) .

وقد جاء نص المادة ٢٨ من قانون المرافعات الجديد مؤيداً لهذا الاتجاه . فقد رأينا ان المادة المذكورة قد أخذت بالجنسية المصرية للمدعى عليه كضابط لإختصاص محاكم الجمهورية العربية المتحدة .

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية رقم ١٧٧ . وأنظر فى هذا الاتجاه للدكتور أحمد أبو الوفا وآخرين . ملونة الفقه والقضاء فى المرافعات . الجزء الأول . ص ٩٥ .
(٢) الدكتور عز الدين عبد الله . السابق ص ٩٤ . وأنظر كذلك الدكتور محمد كمال فهمى . رقم ٤٤٣ .

وعندنا ان المشرع قد جانيه الصواب حينما أقام لإختصاص المحاكم المصرية على أساس ضابط الجنسية . فقد سبق لجانب من الفقه المصرى أن أعلن بحج معارضته للأخذ بهذا الضابط في ظل قانون المرافعات القديم لكونه يتنافى مع مبدأ قوة النفاذ ، وهو الأساس الجوهرى لقواعد الإختصاص القضائى الدولى للمحاكم الوطنية . فما لا شك فيه « ان ضابط الجنسية ضابط قليل الحدودى في تحديد الإختصاص الدولى اذا لم توجد بجواره رابطة مادية تربط الشخص باقليم الدولة . فاذا لم يكن المدعى عليه مقبياً في الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته ولم تكن له أموال في إقليم هذه الدولة فحينئذ يجدر عقد الإختصاص للمحكمة التى تملك سلطة فعلية عليه أى محكمة موطنه أو المحكمة الكائن بدائرتها أمواله وذلك حتى يكون للحكم قيمة حقيقية » (١) .

ولا يكفى في تبرير الأخذ بضابط جنسية المدعى عليه ، وما قد يترتب على ذلك من الاضرار بمصلحة المصرى المتوطن في الخارج لإضطرابه للسعى الى محكمة قد تباعد كثيراً عن موطنه ، أن يقال ان غالبية المصريين متوطنين في مصر كما قرر أنصار الرأى الذى نخالفه (٢) . ذلك أن التساؤل ينصب أساساً على حالة المصريين المتوطنين في الخارج . إذ أن اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المرفوعة على المصريين المقيمين في مصر هو أمر مكفول دائماً على أساس ضابط موطن المدعى عليه كما سترى فيما بعد . فالتساؤل الحقيقى اذن هو عن مدى الضرر الذى سيصيب المصريين المتوطنين في الخارج اذا ما أخذنا بمعيار جنسية المدعى عليه كضابط لإختصاص المحاكم المصرية .

(١) أستاذنا الدكتور فؤاد رياض . الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائى الدولى . ص ٤٧٩ . وراجع أيضاً دروستا في تنازع الاختصاص القضائى الدولى . ص ٤١ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . السابق ص ٤٩٤ .

ولعل الإعتبار الأساسي الذي ارتكن إليه الفقه الفرنسي تبريراً للحكم الوارد بالمادة ١٥ من القانون المدني هناك والتي تأخذ بضابط جنسية المدعى عليه هو سوء المظنة بالمحاكم الأجنبية . وهو اعتبار اعترف الرأى السذى نناهضه بأنه « لا يصلح نقله الى القانون المصرى فى الوضع الحالى لبلاد العالم المتمدنين التى تضمها العائلة الدولية » (١) .

ومهما كان من أمر موقف المشرع فى المادة ٢٨ من قانون المرافعات الجديد ، فان اختصاص القضاء المصرى القائم على الجنسية المصرية للمدعى عليه قد أصبح حقيقة وضعية ثابتة لا سبيل الى تجاهلها إزاء صراحة النص .

(٢) الاستثناء : الدعاوى العقارية المتعلقة بمقار كلن فى الخارج

وضع المشرع إستثناء هاماً على اختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة الجنسية المصرية للمدعى عليه فنص على عدم اختصاص هذه المحاكم بالدعاوى العقارية المتعلقة بمقار واقع فى الخارج حتى لو كان المدعى عليه مصرى الجنسية .

وقد راعى المشرع عند وضعه لهذا الإستثناء مبدأ قوة النفاذ . فقد سبق لكل من الفقه والقضاء أن أكد ان محاكم دولة موقع المقار تختص بإختصاصاً مطلقاً بجميع الدعاوى المتعلقة به ، لما لهذه المحاكم دون غيرها من قدرة فعلية على تنفيذ الأحكام الصادرة فى شأن هذا المقار (٢) .

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله ص ٤٩٤ . وأنظر فى تقرير الأخذ بضابط جنسية المدعى عليه فى القانون الفرنسى Batiffol رقم ٦٨٤ و Bauer فى رسالته السابق الإشارة إليها رقم ٦٧ .

(٢) راجع رسالة Bauer السابق الإشارة إليها رقم ٥٠ و Niboyet الجزء السادس رقم ١٨٣١ و Batiffol رقم ٦٨٨ و Bartin . مبادئ القانون الدولى الخاص . الجزء الأول ص ٣٦٦ و Lerebours, Pigeonniere et Loussouarn موجز القانون الدولى الخاص . الطبعة الثانية رقم ٤٠٨ . و راجع فى الفقه المصرى : الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ١٧٩ .

ولعل ذلك هو مادفع المشرع المصرى الى تأكيد هذا الإستثناء مرة أخرى حينما تعرض لمبدأ اختصاص المحاكم الوطنية القائم على توطن المدعى عليه في مصر .

وستعرض تفصيليا لمضمون هذا الإستثناء ومدى إستجابته لمبدأ قوة النفاذ حينما نتصدى له مرة أخرى بمناسبة اختصاص المحاكم المصرية القائم على توطن المدعى عليه في مصر أو إقامته بها على نحو ما سنرى في الفقرة التالية .

٢٣ - ثانيا: الاختصاص القائم على توطن المدعى عليه في مصر أو إقامته بها

نصت المادة ٢٩ من قانون المرافعات الجديد على أنه « تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبي الذى له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج » .

وتقرر هذه المادة -بدأ اختصاص المحاكم المصرية القائم على توطن المدعى عليه في مصر أو إقامته بها . وقد وضعت المادة استثناء هاماً على المبدأ السابق فأخرجت الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار كائن في الخارج من نطاق أعمال ضابط اختصاص موطن المدعى عليه .

ونعرض فيما يلى لكل من المبدأ العام المقرر في المادة ٢٩ سالفه الذكر ثم الاستثناء المقرر على هذا المبدأ .

(١) المبدأ العام : توطن المدعى عليه في مصر أو إقامته بها

تقتضى دراسة هذا المبدأ ان نتعرض لكل من الموطن الحقيقي من ناحية والموطن المختار من ناحية أخرى .

١ - الموطن الحقيقي

أكد المشرع المصرى فى المادة ٢٩ من القانون الجديد المبدأ العام فى اختصاص المحاكم الوطنية القائم على توطن المدعى عليه فى مصر أو إقامته بها . وهو مبدأ إستقرت عليه كافة دول العالم كأساس للإختصاص الدولى لحاكمها على نحو ما رأينا فى الفصل السابق من هذه الدراسة .

وقد إستخلص الفقه والقضاء هذا المبدأ فى ظل القانون القديم من مفهوم المخالفة لنص المادة (٣) ومن صريح نص المادة ٨٦١ فى شأن الأحوال الشخصية مع ملاحظة أن هذا النص الأخير لم يكن يجعل محل الإقامة بديلاً لفكرة الموطن . وقد أرجع البعض استبعاد المشرع فى ظل القانون القديم لفكرة محل الإقامة (أو السكن) كضابط للإختصاص فى مواد الأحوال الشخصية بالذات وعدم تسويتها بضابط الموطن كما هو الشأن بالنسبة للأحوال العينية إلى كون قيام الإختصاص فى مواد الأحوال العينية على مجرد ظرف عارض كوجود سكن أو محل إقامة للمدعى عليه فى مصر هو أمر مفهوم ، أما بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية فإن الأمر على النقيض من ذلك بالنظر لإرتباط هذه المسائل بصفات الشخص القانونية التى تنطوى على شئ من الإستقرار والثبات يقتضى ان يكون إختصاص محاكم الدولة بها « بنسأه على عنصر يبرز فيه عنصر الإستقرار كالموطن » (١) .

(١) الدكتور محمد كمال فهمى . أصول القانون الدولى الخاص ص ٥٥٥ .

ولنفس هذا الاعتبار نجد أن القضاء الفرنسى ورغم أنه يقيم إختصاصه فى مواد الأحوال العينية بالنسبة للأجانب على فكرة توطن المدعى عليه فى فرنسا أو إقامته بها . إلا أنه فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه خاص جرى على الحكم بعدم إختصاصه إذا ما تبين ان للمدعى عليه موطن فى الخارج وحتى لو كان له سكن فى فرنسا (١) .

وقد إنتقد بجانب آخر من الفقه المصرى التفرقة التى أقامها المشرع فى قانون المرافعات القديم بين الإختصاص فى مواد الأحوال العينية والإختصاص فى مواد الأحوال الشخصية وعدم إعتداده فى الحالة الأخيرة - خلافاً للأولى - بحمل الإقامة كضابط للإختصاص . ذلك أنه ليس هناك ثمة ما يدعو - فى نظر هذا رأى - إلى حرمان المحاكم الوطنية من إختصاصها فى مواد الأحوال الشخصية اذا كان للمدعى عليه محل إقامة فى مصر ولو لم يكن له موطن بها ، ذلك لأنه فى الكثير من الدول يتخذ المشرع والفقه والقضاء من الإقامة ضابطاً احتياطياً ومكملاً لضابط الوطن (٢) .

وقد أيد المشرع فى القانون الجديد هذا النظر مقررأ التسوية بين الموطن ومحل الإقامة كضابط لإختصاص المحاكم المصرية دون أن يقيم أى تفرقة فى هذا الشأن بين دعاوى الأحوال العينية ودعاوى الأحوال الشخصية (٣) .

وتتطابق قاعدة إختصاص محكمة موطن المدعى عليه الواردة بالمادة ٢٩ من قانون المرافعات الجديد مع المبدأ العام المقرر فى مجال الإختصاص المحلى والمنصوص عليه بالمادة ٤٩ من هذا القانون والمادة ١/٥٥ من القانون

(١) راجع Niboyet المجلد ٦ ص ٤٢٥ وراجع Francescakis فى تقريره

للنشر فى Le Droit int. Privé de la Famille باريس ١٩٥٤ ص ٤٢٥ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٤٧ .

(٣) راجع فى تأييد هذا المحل الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ١٨٠ .

القديم . ورغم أن القانون الفرنسى لا يتضمن مادة مقابلة للمادة ٢٩ . إلا أن الفقه والقضاء هناك قد استقرا على الأخذ بضابط الموطن في المنازعات الدولية إعمالاً للمادة ٥٩ من قانون المرافعات الفرنسى رغم أن هذه المادة تتعلق بالإختصاص المحلى (١) .

ويرجع في تحديد كل من فكرة الموطن ومحل الإقامة الى القانون المصرى ، لأن الأمر يتعلق هنا بتفسير قاعدة الإختصاص المصرية . وبعد الشخص متوطناً في مصر إذا كان يقيم فيها عادة (المادة ٤٠ من القانون المدنى) . ويستلزم الفقه لذلك أن يتوافر عنصرين : عنصر مادى هو الإقامة في مصر على وجه الإستمرار ، وعنصر معنوى وهو اتجاه نية الشخص إلى اتخاذها مقراً دائماً له . مع ملاحظة أن التصوير المصرى للموطن وفقاً للمادة ٤٠ مدنى يجعل اكتسابه جائزاً بمجرد تحقق شرط استقرار الإقامة وهو ما يستتبع افتراض النية (٢) . أما المقصود بمحل الإقامة (أو السكن) فهو محـلل الإقامة المادية مجردة من عنصر النية (٣) .

وإذا كان الموطن العام للمدعى عليه يعتبر بذلك ضابطاً لإختصاص المحاكم المصرية فإن الموطن الخاص يصلح بدوره كميّار لإختصاصها . وبناء على ذلك فإذا باشر المدعى عليه الأجنبى تجارة أو حرفة في مصر ، فإن المحاكم

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٦٩٦ وما بعده و Niboyet الجزء السادس ص ٤١٧ وما بعدها . وأنظر مع ذلك حكم محكمة باريس الصادر في ٢٣ مايو ١٩٤٢ مثار إليه في مقال Francescakis السابق الإشارة اليه ص ٤٣٤ هامش (٣) . وقد جاء في حثيات الحكم أن المادة ٥٩ من قانون المرافعات الفرنسى تتعلق بالإختصاص الداخلى للمحاكم الفرنسية ولا شأن لها بالإختصاص الدولى لهذه المحاكم .

(٢) راجع في تحديد كل من فكرة الموطن والسكن (محل الإقامة) : الدكتور محمد كمال فهمى رقم ٣٧٤ وما بعده وبصفة خاصة رقم ١٨١ .

(٣) الدكتور محمد كمال فهمى . المرجع السابق رقم ٤٣٩ .

المصرية تختص بالدعوى المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة ولو كان الموطن العام للتاجر في الخارج (المادة ٤١ من القانون المدني) . كذلك فلو كان صحيحاً ان موطن القاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً وفقاً للمادة ٤٢/ مدنى ، فإن المحاكم المصرية تختص بالدعوى مع ذلك رغم عدم توطن النائب في مصر فيما لو كان القاصر متوطناً فيها وكان النزاع يتعلق بالأعمال القانونية التي أذن له بمباشرتها . ذلك ان مصر تعد في هذه الحالة موطناً خاصاً للقاصر وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٤٢ من القانون المدني (١) .

واذا كانت المحاكم المصرية تختص بالدعوى اذا كان المدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر على الوجه الذى بيناه ، فإن مجرد الوجود العارض للمدعى عليه في مصر لا يصلح سبباً لعقد الاختصاص للقضاء المصرى (٢) . فالوجود العارض لا يكتفى لربط النزاع بالإقليم، ويتعارض بذلك مع مبدأ قوة النفاذ الذى يعد الأساس الجوهرى لقاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه في المجال الدولى .

وكما يمكن ان يكون المدعى عليه شخصاً طبيعياً فإنه يتصور كذلك ان يكون شخصاً معنوياً . وفي هذه الحالة الأخيرة فإن الرجوع إلى الفقرة (٥)

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله ص ٥٠٢ . وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد « ومن المفهوم أن قاعدة انقياد الاختصاص على أساس موطن المدعى عليه تشمل الموطن العام والمواطن الخاصة مثل موطن الأعمال أو الموطن التجارى وموطن المأذون بالإدارة . ويرجع في تحديد مختلف هذه المواطن الى القانون الوطنى » .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله ص ٤٩٨ والطبعة السادسة ص ٦٧٨ . وانظر عكس هذا الرأى الدكتور أحمد أبو الوفا - راجع رأيه معروضاً ومتفقاً في عز الدين عبد الله ص ٦٧٨ هامش (١) .

من المادة ٥٣ من القانون المدنى يقتضى القول بأن الشخص المعنوى يعتبر متوطناً في مصر إذا كان مركز ادارته الرئيسى فيها . كما يعتبر كذلك أيضاً إذا كان يزاول جزء من نشاطه في مصر عن طريق فرع له فيها حتى لو كان مركز ادارته الرئيسى في الخارج . وفي هذه الحالة يقتصر اختصاص المحاكم المصرية على المنازعات المتعلقة بنشاط الفرع الموجود في مصر (١) .

ب - الوطن المختار

لم يكتف المشرع المصرى بالنص على اختصاص المحاكم المصرية في الأحوال التى يكون للمدعى عليه فيها موطن حقيقى في مصر ، بل أشار أيضاً باختصاصها اذا كان له فيها موطن مختار (المادة ١/٣٠ من قانون المرافعات الجديد والمقابلة للمادة ١/٣ من القانون القديم) .

ورغم انه لا يوجد في فرنسا نص مقابل في مجال الاختصاص الدولى للمحاكم الفرنسية . إلا أن جانباً من الفقه هناك يرى إمكان الاعتداد بالموطن

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ص ٥٠٢ ، ٥٠٣ والطبعة السادسة ص ٦٨٠ وراجع استئناف مخطوط ١٦ فبراير ١٩٢٨ . مجلة التشريع والقضاء المخطوط ١٩٤٠ ص ٨٥ . وقد استخلص جانب من الفقه المصرى هذا الحل أيضاً في ظل القانون القديم من المادة (٣) من قانون المرافعات والمقابلة للمادة ٢٩ من القانون الجديد « حيث يعد مجرد وجود سكن للمدعى عليه (محل إقامة) في مصر مبرراً كافياً لثبوت الاختصاص للمحاكم المصرية » . راجع الدكتور محمد كمال فهمى ص ٤٩٢ . ويجب هذا الاتجاه أنه يؤدى الى اختصاص المحاكم المصرية بجميع الدعاوى المتعلقة بالشخص المعنوى ما دام أن له فرع في مصر (محل إقامة) ، في حين ان اختصاص المحاكم المصرية قاصر في هذه الحالة على المنازعات المتعلقة بنشاط الفرع الموجود في مصر . ولهذا فضلنا الاستناد على المادة ٥٣/د من القانون المدنى على أساس ان اختصاص المحاكم المصرية بالمنازعات المتعلقة بهذا الفرع دون غيرها مرجعه ان مصر تعد موطناً خاصاً للشخص المعنوى في هذا القرض .

المختار في حد ذاته كضابط للإختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية (١) .
ويقوم هذا الحل على أساس أن إختيار الخصوم لموطن مختار في دولة معينة
يفيد رغبتهم الضمنية في الخضوع لولاية محاكم هذه الدولة . وقد تبنت بعض
الأحكام في فرنسا فعلا هذا الإجماع (٢) .

ويرفض جانب من الفقه الفرنسى الحديث على العكس اعتبار الموطن
المختار في حد ذاته ضابطا للإختصاص الدولي للقضاء الفرنسى . ويشترط
لإعتباره كذلك ان يكون هناك ما يستدل منه فعلا على رغبة الخصوم في
الخضوع لولاية محاكم الدولة التى اتخذوا فيها موطنهم المختار (٣) .

وقد أخذ القضاء الفرنسى الحديث في بعض أحكامه بهذا النظر مقررأ
أنه لا يكفى ان يكون للخصوم موطن مختار في فرنسا حتى ينعقد الإختصاص
للقضاء الفرنسى مادام أنهم لم يظهروا نيتهم في الخضوع لولاية هذا القضاء ،
وإنما كان نصهم على إختيار فرنسا كموطن مختار بمناسبة تحديد التزاماتهم
بالوفاء (٤) .

ولا شك عندنا في سلامة ارجاع ضابط الموطن المختار إلى فكرة
الخضوع الإختيارى . فاذا كان للمدعى عليه موطن مختار في مصر فإن

(١) راجع *Bartin* مبادئ القانون الدول الخاص . الجزء الأول ص ٢٨٦ .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ أغسطس ١٨٦٩ مشار إليه في رسالة *Tallon* السابق الإشارة
إليها ص ١٦٢ هامش (٥) .

(٣) راجع رسالة *Tallon* رقم ٢٥٢ وما بعده .

(٤) نقض فرنسى ٢٣ يناير ١٩٢٣ *Rev. crit* ١٩٢٤ ص ٩٣٥ مع تعليق
Niboyet وأنظر كذلك نقض فرنسى ١٣ نوفمبر ١٩٥٧ *Rev. crit* ١٩٥٨ ص ٧٣٥ مع
تعليق أساتذنا *Loussouarn* .

إختصاص المحاكم المصرية يقوم في هذه الحالة على أساس رضاء الخصوم بالخضوع لولاية القضاء الوطنى (١) . فواقعة رفع المدعى لدعواه أمام المحاكم المصرية تفيد رضاه بالخضوع لإختصاص محاكمها . كما أن إختيار المدعى عليه لمصر كموطن مختار يصلح كبداً عام لإستخلاص قبوله لإختصاص القضاء المصرى .

ولكن هل يعد مجرد تحديد المدعى عليه لمصر كموطن مختار دلالة على هذا القبول أخذاً بظاهر نص الفقرة الأولى من المادة ٣٠ من قانون المرافعات الجديد ؟ هذا ما لا نراه ، إذ طالما سلمنا بأن أساس الإختصاص في هذه الحالة هو فكرة الخضوع الإختيارى فيجب ان يكون هناك ما يستدل منه صراحة أو ضمناً على رضاه المدعى عليه بالخضوع لإختصاص المحاكم المصرية . ولا مانع لدينا كأصل عام من إعتبار تحديد المدعى عليه لمصر موطناً مختاراً له دلالة على رضائه بالخضوع لولاية محاكمها أخذاً بنص الفقرة الأولى من المادة ٣٠ مرافعات . ولأنما يبقى للقاضى مع ذلك أن يستخلص عكس هذا النظر من ظروف وقرائن الحال . فإذا كان المدعى عليه قد حدد مصر موطناً مختاراً له لمجرد رغبته في أن يكون لإعلانه بأى إخطار يتعلق بالتزاماته مع الغير في مصر أو لمجرد إختياره لها مكاناً لسداد المبالغ المستحقة له ، فلا يجوز للقاضى ان يستخلص من ذلك رضاه المدعى عليه بالخضوع لإختياريا

(١) راجع في هذا المعنى : الدكتور فؤاد رياض . المرجع السابق ص ٤٧٨ . ويبدو ان الدكتور عز الدين عبد الله لا يرى الأخذ بهذا النظر . لذا نراه يقرر في ظل قانون المرافعات القديم : ان المادة ٣ من قانون المرافعات الحالى (القديم) لم تذكر امكان عقد الاختصاص للمحاكم المصرية على أساس الخضوع لولاية القضاء الدولى « ؛ رغم ان المادة المذكورة قد نصت في فقرتها الأولى - والمقابلة المادة ٣٠/١ من القانون الجديد - على اختصاص المحاكم المصرية إذا كان للمدعى عليه في مصر موطن مختار . راجع مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٢٢ .

المحاكم المصرية فما قد ينشأ من منازعات بينه وبين الغير .
ويرتب على تأصيل فكرة الموطن المختار على النحو السالف وإرجاعها بالتالى
إلى مبدأ الخضوع الإختيارى نتيجة هامة . إذ يكون للقاضى ان يقضى بعدم
إختصاصه رغم تحديد المدعى عليه لمصر كموطن مختار اذا كان النزاع لا
يرتبط بالإقليم بأى وجه من الوجوه على نحو ما رأينا .

ولا شك ان هذه النتيجة تتفق تماما مع الموجهات العمامة التى تحكم
الإختصاص الدولى . فلا يعقل ان يقصد المشرع عقد الإختصاص للمحاكم
المصرية فى جميع الأحوال لمجرد إختيار المدعى عليه لمصر موطناً له كما
يستفاد لأول وهلة من ظاهر نص الفقرة الأولى من المادة ٣٠ من قانون
المرافعات . وإنما يتعين ان يكون هناك ثمة إرتباط بين النزاع وبين الإقليم
على وجه من الوجوه حتى يكون للحكم الصادر فى شأنه قيمة فعلية وفقاً
لمبدأ قوة النفاذ ، وحتى لا يترك الأمر فى النهاية لأهواء الخصوم ورغباتهم
غير المشروعة على نحو ما بينا من قبل .

ونشير فى النهاية إلى أنه لو اتفق المتعاقدون فى عقد ما على اختيار مصر
كموطن مختار لتنفيذه وتبينت رغبتهم فى الخضوع لإختصاص المحاكم المصرية
فى شأن ما قد ينشأ من منازعات تتعلق بالعقد المبرم بينهم ، فان إختصاص
هذه المحاكم يتقيد ؛ اتخذ هذا الموطن فى شأنه من علاقات . « فلا يسرى
شرط الموطن المختار إلا بين أطراف العقد الذى اتخذ بصده ذلك الموطن .
فلا تأثر هذا الشرط فى مواد أخرى ولو كان النزاع فى هذه المواد بين
نفس أطراف العقد . كما أنه لا تأثر لهذا الشرط بالنسبة إلى الغير ولو كانت
منازعة الغير تتعلق بموضوع العقد الذى اتخذ بصده من طرف مختار لتنفيذه » (١) .
كل ذلك مالم يتبين للمحكمة من ملاسبات الدعوى أن المتعاقدين قد إرتضوا
بعد ذلك الخضوع لولايتها إختيارياً رغم عدم تعلق النزاع بالعقد ، أو تبين
من ظروف الحال أن الخصوم — ورغم أنهم من الغير — قد خضعوا بإرادتهم
للقضاء المصرى فى شأن النزاع المتعلق بموضوع العقد .

(١) راجع الدكتور أحمد أبو الوفا . ملونة الفقه والقضاء . ص ١٠٣ و ١٠٤ . وهو يرى
أن ورقة ودائع أطراف العقد لم أن يستفيدوا من شرط الموطن المختار ، بل ويلتزمون به .

ونخلص بذلك الى ان المحاكم المصرية تختص - كبداً عام - بنظر النزاع في الأحوال التي يكون فيها للمدعى عليه موطن في مصر سواء كان هسناً الموطن حقيقياً (عاماً كان أو خاصاً) أو إختيارياً . مع ملاحظة أنه يجب التأكيد في الحالة الأخيرة من كون المدعى عليه قد قصد فعلاً الخضوع الإختيارى للمحاكم المصرية . كما يتعين أيضاً ألا يكون النزاع في هذه الحالة على غير صلة بالإقليم .

يتبقى لنا بيان بيان الاستثناء الذي قرره المشرع على مبدأ اختصاص المحاكم المصرية القائم على توطن المدعى عليه في مصر .

(٢) الاستثناء : الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار كائن في الخارج

بعد ان وضعت المادة ٢٩ من قانون المرافعات الحديد القاعدة العامة في اختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة توطن المدعى عليه في مصر أو إقامته بها عادت فقررت إستثناء خاصاً بالدعاوى المتعلقة بعقار كائن في الخارج . فالدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج تخرج عن اختصاص المحاكم المصرية ولو كان المدعى عليه متوطناً في مصر أو مقياً فيها .

ويقوم هذا الاستثناء على مبدأ قوة النفاذ الذي مضت الإشارة اليه . ذلك ان تصدى القضاء المصرى للحكم في نزاع يتعلق بعقار كائن في دولة أخرى لن يجعل لهذا الحكم أى قيمة فعلية ، لأن دولة الموقع لن تعترف بآثار الحكم في هذه الحالة . إذ سترى فيما بعد ان غالبية الدول ترفض تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في شأن المنازعات المتعلقة بعقارات موجودة في إقليمها .

ولم يكن قانون المرافعات الملغى يتضمن نصاً مقررأ لهذا الاستثناء . ولهذا ذهب جانب من الفقه المصرى الى القول بأن تعلق النزاع بعقار موجود فى الخارج لا يبنى على المحاكم المصرية اختصاصها بالدعوى ما دام أن المدعى عليه متوطن فى مصر . ذلك أن « كل دولة تحدد اختصاص محاكمها لحسابها الخاص . أما عن مصير الحكم عندما يطلب تنفيذه فى البلد الأجنبى فهذا أمر يقدره المدعى وفقاً لما يراه قبل رفع الدعوى » (١) .

وعلى العكس فقد أكد جانب آخر من الفقه فى ظل قانون المرافعات القديم أن توطن المدعى عليه فى مصر لا يؤدى الى اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى ما دام أن النزاع يتعلق بعقار واقع فى الخارج (٢) . وأساس هذا النظر ان محكمة دولة موقع العقار هى أقلد المحاكم على كفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه (٣) .

ومن جهة أخرى فان الحكم الصادر عن المحاكم المصرية فى هذه الحالة لن يلقى التنفيذ فى الخارج لأن دولة موقع العقار سوف تمتنع غالباً عن تنفيذ الحكم المصرى فى إقليمها لمساس الأمر بالنظام العام فيها . وما من شك فى أنه من غير المقبول أن يتصدى القضاء المصرى لدعوى يعلم مسبقاً أن حكمه فى شأنها سيكون معدوم القيمة الفعلية (٤) .

(١) راجع الدكتور محمد كمال فهمى . المرجع السابق . ص ٤٩٩ هامش (١) .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية رقم ١٧٨ و دروسنا فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى السابق الاشارة اليها ص ٤٦ وما بعدها .

(٣) Lerebours - Pigeonniere et Loussouarn للوجز رقم ٤٠٨ و Bartin الجزء الأول ص ٣٣٦ و Batiffol المطول رقم ٦٨٨ .

(٤) راجع دروسنا فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى والسابق الاشارة إليها ص ٤٧

وقد جاء قانون المرافعات الجديد مؤيداً لهذا النظر . فقد رأينا ان المادة ٢٩ قد حرصت على النص على عدم اختصاص القضاء المصرى بالدعوى رغم توطن المدعى عليه في مصر . وذلك فيما لو تعلق النزاع بعقار كائن في الخارج .

ولعل نفس هذه الإعتبارات هي التي دفعت كل من الفقه والقضاء في فرنسا إلى تأكيد الإستثناء السابق على الأقل بالنسبة للدعوى العينية العقارية المتعلقة بعقار كائن في الخارج ، على أساس ان محكمة موقع العقار تختص اختصاصاً مطلقاً بالدعوى العينية المتعلقة به في هذا الفرض (١) . وإذا كان صحيحاً أن اختصاص محكمة موقع العقار بالدعوى العينية العقارية لا يعد اختصاصاً مطلقاً وفقاً للمبادئ العامة في الإختصاص الداخلي (المحسلى) بل يجوز للخصوم الاتفاق على رفع الدعوى أمام محكمة أخرى (٢) ، فإن مرد

(١) راجع Bauer في رسالته رقم ٥٠ و Niboyet السابق رقم ١٨٣١ . وقد حكم القضاء الفرنسى بعدم إختصاصه بالدعوى العينية المتعلقة بعقار كائن في الخارج حتى لو كان النزاع بين فرنسيين مما كان يقتضى إختصاصه وفقاً للمواد ١٤ ، ١٥ من القانون المدني . راجع لقض ٦ يناير ١٨٤١ Sirey ١٨٤١ ج ١ ص ٢٤ و ١٩ أبريل ١٨٥٩ Sirey ١٨٥٩ ج ١ ص ٤١١ مشار إليها في رسالة Tallon ص ٢١٥ هامش (١) . وغنى عن البيان أن الدعوى العينية العقارية هي التي يرفعها صاحب حق عيني على عقار بفرض تأكيد حقه العيني على العقار أو نفي وجود حق عيني للغير على العقار . راجع الدكتور عبد المنعم الشرفاوى . المرجع السابق . ص ٥٧ .

(٢) ويلاحظ مع ذلك أن المادة ٢/١٢ من قانون المرافعات الجديد قد منعت الاتفاق مقدماً على ما يخالف الإختصاص المحلى في غير الحالة المنصوص عليها في المادة ٤٩ (حالة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته) . ومؤدى ذلك أنه لا يجوز الاتفاق مقدماً على اختصاص محكمة أخرى عليها غير محكمة موقع العقار ، على أساس ان المشرع قد حرص في المادة ٥٠ من قانون المرافعات الجديد على النص على اختصاص محكمة موقع العقار بالدعوى العينية ودعوى الحيازة المتعلقة به . فندم نص المشرع على جواز رفع الدعوى في هذه الحالة أمام محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته يجعل من غير الجائز الاتفاق مقدماً على ما يخالف اختصاص محكمة الموقع .

ذلك هو وجود العقار في هذه الحالة الأخيرة في إقليم نفس الدولة . وهو الأمر الذي يجعل آثار الحكم الصادر من أى من محكمة موطن المدعى عليه أو المحكمة المتفق عليها مكفولة دائماً . أما في نطاق الاختصاص الدولي فان اختصاص محكمة موطن المدعى عليه بالدعوى العينية المتعلقة بعقار كائن في بلد أجنبي يجعل من العسير تنفيذ الحكم الصادر منها للأسباب التي أوضحناها ومن هنا تبدو لنا مرة أخرى الطبيعة الخاصة لقواعد الاختصاص الدولي .

وإذا كان الفقه الراجح قد أكد عدم اختصاص محكمة موطن المدعى عليه بالدعوى العينية العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج على نحو ما رأينا ، فان الخلاف قد يثور بالنسبة للدعوى الشخصية العقارية ، أى الدعوى التي تستند إلى حق شخصي ويكون الغرض منها الحصول على عقار (١) . ومثالها دعوى بائع العقار بمقد مسجل على المشتري والتي يطالب فيها بفسخ العقد . فهي دعوى شخصية لأن رافعها لا يملك - بعد ان انتقلت ملكية العقار إلى المشتري بالتسجيل - سوى حق شخصي . وهي عقارية لأن البائع يهدف من وراء فسخ العقد إلى إعادة ملكيته على العقار .

= ومع ذلك فان الخصوم ان يتفقوا أثناء نظر الدعوى أمام محكمة الموقع على اختصاص محكمة أخرى بالدعوى (راجع الدكتور أحمد أبو الوفا . التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون اللاتبات . المرجع السابق ص ٢١٣ وما بعدها) . وبذلك يمكن القول في النهاية أن اختصاص محكمة الموقع عليها بالدعوى العينية العقارية لا يحد اختصاصاً مطلقاً ، لأن الخصوم بعد رفع الدعوى ان يتفقوا على اختصاص محكمة أخرى بالنزاع . وعلى العكس فان القانون الألماني قد جعل اختصاص محكمة موقع العقار عليها بالدعوى العينية العقارية اختصاصاً مطلقاً . راجع رسالة Bauer السابق الإشارة إليها ص ٥٨ .

(١) راجع الدكتور رمزي سيف . دروس في نظرية الدعوى . المرجع السابق ص ١٠ والدكتور عبد النعم الشرقاوى . شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية . السابق ص ٥٧ .

وقد ذهب بجانب من الفقه الفرنسي الى القول بأن المحاكم الفرنسية تختص بهذه الدعوى مادام أن المدعى عليه متوطناً في فرنسا وحتى لو كان العقار كائناً في الخارج قياساً على الحل المائل في مجال الاختصاص المحلى (١) .

ولعل الصحيح هو ماذهب اليه البعض الآخر من وجوب التسوية بين الدعوى الشخصية والدعوى العينية العقارية . فالدعوى الشخصية العقارية وإن استندت الى حق شخصي إلا أنها تهدف على أى حال الى الحصول على حق عيني على عقار مما يحسن معه معاملتها معاملة الدعوى العينية العقارية (٢) . ذلك ان مبدأ قوة النفاذ يقتضى في هذه الحالة أيضاً عقد الاختصاص لمحكمة موقع العقار دون غيرها . وفي القول بغير ذلك تفويت للإعتبارات التى استثنين من أجلها الدعوى العينية العقارية من اختصاص محاكم دولة موطن المدعى عليه (٣) .

ويبدو أن المشرع المصرى قد أيد هذا الرأى الأخير في المادة ٢٩ من القانون الجديد لأنه قد استثنى من اختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة الموطن أو محل الإقامة « الدعوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج » ، دون أن يقيم التفرقة في هذا الشأن بين الدعوى العينية العقارية والدعوى الشخصية العقارية .

(١) راجع Niboyet ج ٦ رقم ١٨٢٠ . وهو يرى ان المدعى عند رفع دعواه في هذه الحالة الخيار بين محكمة موقع العقار أو محكمة موطن المدعى عليه كما هو الشأن بالنسبة للاختصاص المحلى (المادة ٦/٥٩ مرافعات فرنسي والمادة ٢/٥٠ من قانون المرافعات المصرى الجديد والمقابلة للمادة ٢/٥٦ من القانون القديم) . وهذا الرأى محل نظر لأنه يتجاهل الاعتبارات الخاصة بالحياة الدولية . فقد رأينا ان الأخذ بقواعد الاختصاص المحلى وتطبيقها على غلاتها في المجال الدول يتجاهل هذه الاعتبارات وهو مالا يمكن لنا التسليم به .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عياد . ص ٤٩٦ .

(٣) راجع دروستا في تنازع الاختصاص القضائي للدول . ص ٤٩ .

وقد ذهب جانب من الفقه المصرى فى ظل القانون القديم الى وجوب استثناء الدعاوى العينية المنقولة المتعلقة بمنقول كائن فى الخارج من اختصاص المحاكم المصرية ولو كان المدعى عليه متوطنا فى مصر أو له محل إقامة فيها ، وذلك قياسا على الدعاوى العينية العقارية (١) .

وقد سبق لنا ان أكدنا - خلافا للاتجاه السابق - اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى العينية المتعلقة بمنقول كائن فى الخارج مادام أن المدعى عليه متوطنا فى مصر أو له سكن بها . فنحن نرفض التسوية بين الدعاوى العقارية والدعاوى المنقولة فى هذا الشأن ، لأنه لو كان صحيحا ان محكمة دولة موقع المنقول قد تكون أكثر قدرة من غيرها على كفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه . إلا أن مراعاة هذا الاعتبار لا تقتضى سوى عقد اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى العينية المنصبة على منقول كائن فى مصر حتى ولو لم يكن المدعى عليه متوطنا فيها خلافا للقواعد العامة فى الإختصاص المحلى التى تعقد الإختصاص فى الدعاوى المنقولة لمحكمة موطن المدعى عليه فى جميع الأحوال (٢) . وهذا ما قرره المشرع فلا بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٣ من قانون المرافعات القديم والفقرة الثانية من المادة ٣٠ من القانون الجديد والى تنص على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بمنقول كائن فى مصر على نحو ما سنرى فيما بعد . أما اذا كانت مصر هى موطن المدعى عليه أو محل إقامته فلم يعد هناك داعياً لسلب إختصاص المحاكم المصرية لمجرد وجود المنقول فى الخارج كما هو موثى الرأى السابق . ذلك ان المنقول بحكم طبيعته - وخلافا للعقار - غير مرتبط بمكان معين ، ومن ثم فليس هناك ما يبرر اختصاص محكمة الموقع دون غيرها بالتراجع

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله رقم ١٧٧ و ١٧٨ .

(٢) راجع المادة ٤٩ من القانون الجديد . وأنظر الدكتور جميل الشرفاوى . المرجع السابق ص ١٠٦ .

المتعلق به (١) . ومن جهة أخرى فإنه لا يخفى كأصل عام ان تمتنع دولة موقع المنقول عن تنفيذ الحكم المصرى الصادر بناء على توطن المدعى عليه فى مصر لعدم تعلق الأمر بالنظام العام فيها كما هو الشأن بالنسبة للعقارات . وقد كانت هذه الاعتبارات على ما يبدو هى التى أملت على الفقه الفرنسى الغالب لإعتناق الحل المماثل فى فرنسا (٢) .

ويبدو أن المشرع المصرى قد أكد فى المادة ٢٩ من القانون الجديد هذا النظر فأعفل النص على استثناء الدعاوى العينية المتعلقة بمنقول موجود فى الخارج من إختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة الموطن أو محل الإقامة .

وغنى عن البيان ان المحاكم المصرية تختص بالدعوى الشخصية المنقولة من باب أولى مادام أن المدعى عليه متوطن فى مصر أو مقيم بها إعمالاً لنص المادة ٢٩ من القانون الجديد (٣) .

يبقى الفرض الذى تكون فيه الدعوى شخصية منقولة وان تعلقت بعقار كدعوى المقاول ضد مالك العقار التى يطالبه فيها بنفقات إصلاحه أو ترميمه . وفى هذه الحالة فلا شبهة فى إختصاص المحاكم المصرية اذا كان

(١) راجع Bartin مبادئ القانون الدولى المخلص . ج ١ ص ٣٣٧ و Niboyet المطول ج ٦ رقم ١٨١٥ .

(٢) راجع Batiffol المطول رقم ٦٨٨ و Bartin السابق .

(٣) وتختص المحاكم المصرية بالدعوى الشخصية المنقولة لمجرد توطن المدعى عليه فى مصر ، وسواء أكانت مصر أو لم تكن محل نشأه الالتزام أو تنفيذه . ذلك لأنه لو كانت مصر هى محل الالتزام لاختصت المحاكم المصرية بناء على ضابط الإختصاص المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات (للمقابلة المادة ٢/٢ من القانون القديم) دون حاجسبة للاستناد الى فكرة موطن المدعى عليه كما سئى فيما بعد . راجع الدكتور عز الدين عبد الله . رقم ١٧٨ ودروسنا فى تنازع الإختصاص السابق الاشارة اليها ص ٤٦ .

للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر ولو كان العقار كائناً في دولة أجنبية ، وهو نفس الحل المأخوذ به في فرنسا (١) .

ونخلص بذلك الى ان المحاكم المصرية تختص بالدعاوى المنقولة شخصية كانت أم عينية مادام أن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر . أما الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج - وسواء كانت عينية أو شخصية - فهي تخرج عن اختصاص المحاكم المصرية رغم توطن المدعى عليه في مصر أو إقامته بها .

ونشير في النهاية إلى انه اذا كان المشرع المصرى قد إستجاب بحسب إلى مقتضيات مبدأ قوة النفاذ فجعل من ضابط موقع العقار قيداً يحدد من اختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة الموطن أو محل الإقامة (السادة ٢٩) . أو من إختصاصها المبني على فكرة الجنسية المصرية للمدعى عليه (المادة ٢٨) ، فليس في ذلك - في تقديرنا - سوى إعمال لمبدأ عام واجب التطبيق في جميع الأحوال . وبمعنى آخر فانه يمكن القول بأن ضابط موقع العقار لا يصلح قيداً على إختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة الجنسية أو الموطن فقط . وإنما هو يصلح أيضاً كقيد يحد من ولاية هذه المحاكم في غير هذه الأحوال كما سنرى خلال دراستنا في الفقرات التالية .

٢٤ - ثالثاً : الاختصاص القائم على وجود المال في مصر

نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المتعلقة بمال موجود في الجمهورية ولو لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر . وكان المشرع ينص على هذا المبدأ في الفقرة الثانية من المادة ٣ من قانون المرافعات القديم .

(١) راجع Niboyet المرجع السابق ص ٤٤٤ .

والإختصاص محكمة موقع المال يعد من مبادئ الإختصاص الدولي للمحاكم الوطنية في غالبية دول العالم على نحو ما رأينا في الفصل السابق من هذه الدراسة . وقد مضت الإشارة إلى أن القاعدة السابقة مأخوذ بها في مجال الإختصاص الداخلي (المحلي) ، وإن كان إعمالها في هذا المجال الأخير يقتصر عادة على المنازعات المتعلقة بالعقارات . إذ تختص بالدعاوى المنقولة محكمة موطن المدعى عليه (١) .

أما في مجال الإختصاص الدولي فإن قيام القاعدة المتقدمة على أساس مبدأ قوة النفاذ يدعو إلى القول بإختصاص القضاء المصري بالدعوى المتعلقة بمال موجود في مصر دون تفرقة في هذا الشأن بين العقارات أو المنقولات . فقد سبق لنا الإشارة إلى أن محاكم دولة موقع المال هي أقدر المحاكم على كفالة آثار الحكم الصادر عنها في شأن المنازعات المتعلقة به .

ويلاحظ أن نص الفقرة الثانية من المادة ٣٠ قد جاء مطلقاً فلم يفرق بين الدعاوى الشخصية أو العينية ، بل أخضعها جميعها لإختصاص المحاكم المصرية ما دام أن المال محل النزاع موجود في مصر .

ومن جهة أخرى فإن الإختصاص القائم على وجود المال في مصر لا يتقيد بنوع الدعوى وكونها تتعلق بالمعاملات المالية أو بمسائل الأحوال الشخصية (٢) .

ومع ذلك فقد سبق للمحاكم المختلطة أن قضت بوجود أن يكون العقار أو المنقول الموجود في مصر محلاً للإلتزام . « فلا يكفي أن يكون الإلتزام

(١) راجع ما قبله رقم ١٥ وأنظر المادتين ٥٠، ٤٩ من قانون المرافعات . وراجع في فرنسا Guiche et Vincent رقم ٢٢٣ ، ٢٣٦ .

(٢) وعلى ذلك فإن المحاكم المصرية تختص بالدعوى المتعلقة بالمنازعة في الرصية بمال موجود في الجمهورية أو بالدعوى المتعلقة بمشارطة زواج تتناول مالا واقعاً في مصر . راجع في ذلك الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ١٨٦ .

قد تم لمصلحة المنقول أو العقار . وعلى ذلك فلا تختص المحاكم المصرية بدعوى المطالبة بشمن فحم اشترى في الخارج لتشغيل باخرة موجودة وقت رفع الدعوى في المياه المصرية « (١) . ولا شك عندنا في سلامة هذا النظر ، لأن الإعتبارات التي يقوم عليها ضابط إختصاص محكمة موقع المال تقتضي بالضرورة ان يكون العقار أو المنقول محلا للالتزام الذي أثير النزاع بشأنه .

٢٥- رابعا : الاختصاص القائم على نشأة الالتزام أو تنفيذه في مصر

اشارت الفقرة الثانية من المادة ٣٠ إلى اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المتعلقة بالالتزام نشأ أو نفذ في مصر أو كان واجبا تنفيذه فيها . وكان المشرع ينص على هذا المبدأ في الفقرة الثانية من المادة ٣ من قانون المرافعات القديم . وقد استجاب الشارع في هذه القاعدة بدورها الى المبادئ العامة المتعارف عليها في الإختصاص الدولي .

وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية بالدعوى اذا كانت مصر هي محل نشوء الالتزام كما لو تعلق النزاع بعقد أبرم في مصر ، أو كانت الواقعة المنشئة للالتزام قد حدثت فيها . كذلك تختص هذه المحاكم بالدعوى اذا كانت مصر هي بلد تنفيذ الالتزام كما لو كانت الدعوى تتعلق بعقد نفذ أو كان مشروطاً بتنفيذه في مصر .

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله ص ٥٠٥ والطبعة السادسة ص ٧٠٩ ، ٧١٠ وهو يشير في ص ٧١٠ هامش (١) الى احكام القضاء المختلط التي قررت هذا المعنى : استثنائا مختلط ٢٨ مايو ١٩٣٦ . مجلة التشريع والقضاء ص ٤٢ ص ٥٩٢ . ويؤكد الدكتور عز الدين عبد الله ان الادق هو القول بأنه « يشترط ان يكون محل الالتزام (وهو العمل أو الامتناع عن عمل) موصلا بالعقار أو المنقول » .

ويلاحظ انه لو كان تعيين مكان الواقعة المنشئة للإلتزام غير التعاقدى يبدو أمراً يسيراً في غالبية الأحوال (١) ، فإن تحديد مكان انعقاد العقد

(١) فالحاكم المصرية تختص بدعوى المسؤولية من الفعل الضار الذى ارتكب في مصر وبدعوى الاثراء بلا سبب التى تحققت واقعتها للمنشئة للإلتزام فيها ، مع ملاحظة الخلاف الفقهي حول المقصود بالواقعة المنشئة للإلتزام فيها لو تفرقت عناصر الواقعة في أكثر من دولة كما اذا وقع الخطأ في مكان وتحقق الضرر في آخر ، وكما اذا تم الافتقار في دولة وتحقق الاثراء في أخرى . راجع في التفاصيل مؤلفنا في تنازع القوانين . الأسكندرية ١٩٦٩ رقم ٢٠٤ . ونكتفي هنا بالإشارة إلى أنه ومهما كان من أمر الخلاف الفقهي السابق حول القانون الواجب التطبيق على الإلتزام غير التعاقدى في هذه الفروض وهل هو قانون مكان وقوع الخطأ أو مكان تحقق الضرر ، فإننا نرى في مجال الاختصاص القضائى ان المحاكم المصرية تختص بالدعوى في مثل الفروض السابقة سواء وقع الخطأ في مصر أو تحقق فيها الضرر (بالنسبة لدعوى المسؤولية التقصيرية) . أما بالنسبة لدعوى الاثراء بلا سبب فنرى ان اختصاص المحاكم المصرية مشروط بتحقيق واقعة الاثراء في مصر . وأساس التفرقة السابقة بين دعوى المسؤولية التقصيرية من جهة ودعوى الاثراء بلا سبب من جهة أخرى هو أنه من العسير ان نفاضل بين عنصر الخطأ وعنصر الضرر في المسؤولية التقصيرية ، وهو ما يدعونا الى تأكيد اختصاص المحاكم المصرية لهرد تحقق أحد هذين العنصرين في الاقليم المصرى . أما بالنسبة لدعوى الاثراء بلا سبب فلا خلاف في أن واقعة الاثراء بالذات هي الواقعة المنشئة للإلتزام ، ومن ثم فان اختصاص المحاكم المصرية منوط في هذه الحالة بتحقيق الاثراء في مصر . راجع مؤلفنا السابق الإشارة اليه ص ٥١٦ وما بعدها وص ٥٢٥ وما بعدها . ورغم ان تعيين مكان الواقعة المنشئة للإلتزام في نطاق الاختصاص القضائى الدولى يبدو أمراً يسيراً في غالبية الأحوال ، الا أن هناك فروض يلقى فيها الأمر - من ذلك - وعلى سبيل المثال - كيفية تحديد المكان الذى تحقق فيه الضرر الأدنى في دعوى المسؤولية التقصيرية . ويرى جانب من الفقه الفرنسى بحق - في مجال تنازع القوانين - ان تركيز الضرر الأدبى مكانياً لا يتأق فى موطن أو محل إقامة المضرور . راجع هذا الاتجاه معروضاً فى :

Bourel, les conflits de lois en matière d'obligations extra - contractuelles. Thèse. Paris 1961. p. 71

وعلى ذلك يمكن القول بأن المحاكم المصرية تختص بدعوى المسؤولية التقصيرية في هذا الفرض ما دام أن المضرور (المدعى) يتوطن في مصر أو يقيم فيها ولو كان الفعل الضار قد وقع في الخارج . واختصاص المحاكم المصرية في هذا الفرض لا يقوم على أساس توطن المدعى (المضرور) في مصر أو إقامته فيها ، وإنما يستند اختصاص هذه المحاكم الى كون مصر هي المكان الذى تحقق فيه الضرر الأدبى ، وهو أحد عناصر الواقعة المنشئة للإلتزام . فاختصاص المحاكم المصرية يقوم إذن في هذا الفرض على أساس ان مصر هي الدولة التى نشأ فيها الإلتزام وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات .

يثير بعض المشاكل وذلك لاختلاف التشريعات المختلفة فيما بينها حول هذه المسألة . ونحن نرى أن الأمر هنا يتعلق بتفسير قاعدة الاختصاص المصرية ، ولذا يجب الرجوع في ذلك الى القانون المصرى . فلو كان التعاقد قد حدث بين غائبين فإن المكان الذى علم فيه الموجب بالقبول هو الذى يعد مكانا لانعقاد العقد ما لم يوجد إتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك (المادة ٩٧/ مدنى) . وعلى ذلك فإذا كان الموجب قد علم بالقبول في فرنسا فإن المحاكم المصرية لا تختص بالتزاع المتعلق بهذا العقد لأن مصر ليست محل إبرام العقد ونشوء الالتزام (١) .

ونشير في النهاية إلى ان المحاكم المصرية لا تختص بالدعوى حتى لو كانت مصر هى دولة محل الالتزام وذلك فيما لو كان النزاع ينصب على عقار كائن في الخارج ، كما لو تعلقت الدعوى بعقد أبرم في مصر لنقل حق عيني على عقار موجود في فرنسا . فقد مضت الإشارة الى ان القيد الخاص بالدعاوى المتعلقة بالعقارات الكائنة في دولة أجنبية لا يخص ضابط جنسية أو موطن المدعى عليه فقط ، وإنما هو يستجيب الى قاعدة عامة تملأها مقتضيات مبدأ قوة النفاذ .

٢٦- خامسا : الاختصاص في مواد الافلاس

تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات الجديد على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بافلاس شهر فيها . وهذا النص منقول عن الفقرة الثالثة من المادة ٣ من قانون المرافعات القديم ..

(١) الدكتور عز الدين عبد الله . ص ٥٠٦ وراجع مع ذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية في ٢٩ أكتوبر ١٩٥٣ . مجلة المحاماة ص ٣٥ ص ٥٦١ وأنظر النقد الموجع الى هذا الحكم في عز الدين عبد الله ص ٥١٤ هامش (٢) .

وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية بكافة الدعاوى المتعلقة بالإفلاس اذا كان قد شهر في مصر . ويستوى في ذلك ان تكون الدعوى متعلقة بإدارة أموال التفليسة أم كانت من الدعاوى التي تنطبق عليها مواد الإفلاس الواردة بالقانون التجارى بصفة عامة ، وذلك كالدعوى التي يرفعها دائن المفلس على السنديك للمطالبة بدينه أو الدعوى التي يرفعها السنديك على مدينى المفلس لمطالبتهم بالمبالغ المستحقة في ذمتهم . وكذلك الدعوى التي يرفعها السنديك على الغير للمطالبة بعدم نفاذ تصرف المفلس والواقع في فترة الريبة (١) .

والغريب ان المشرع قد خول للمحاكم المصرية ولاية النظر في الدعاوى السابقة اذا كان الافلاس قد شهر في مصر دون أن يبين متى يجوز للقضاء المصرى أصلاً ان يحكم بشهر إفلاس التاجر في العلاقات الدولية .

ورغم ان الفقه المصرى قد سبق أن نبه الى هذه الحقيقة في ظل القانون القديم (٢) ، إلا أن المشرع قد أصر في القانون الجديد على نقل الحكم الوارد في الفقرة الثالثة من المادة ٣ من القانون القديم دون أى محاولة لسد الفراغ التشريعى في هذه المادة . وإزاء سكوت المشرع عن النص على ضابط الإختصاص الدولى في هذا الشأن فانه يتعين الرجوع الى الحلول التي إقترحها الفقه مهتدياً بالمبادئ العامة .

وأول ما يتبادر إلى الذهن هو جواز شهر إفلاس التاجر في مصر اذا كان متوطناً أو مقياً فيها تطبيقاً لمعيار الإختصاص العام الوارد بالمادة ٢٩ من

(١) راجع الدكتور محمد كمال فهمى . المرجع السابق ص ٤٩٥ و ٤٩٦ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية رقم ١٨٠ وأنظر دروسنا في تنازع

الاختصاص القضائى الدولى ص ٥٤ .

قانون المرافعات . وقد سبق لالفقه المصرى أن أكد هذا الحل فى ظل القانون القديم أخذنا بمفهوم المخالفة للمادة ٣ من قانون المرافعات الملغى (١) ، وهو ما انتهى اليه القضاء الفرنسى مؤيداً من الفقه الراجح هناك (٢) .

ويمكن بالمثل ان تختص المحاكم المصرية بشهر الإفلاس اذا كان الموطن التجارى للمدين فى مصر ولو كان موطنه العام فى الخارج . ويقوم هذا الحل بدوره على أساس ان الموطن التجارى للمدين - وهو المكان الذى توجد به الإدارة الرئيسية للأعمال التجارية - يعد موطناً خاصاً له ، وقد رأينا ان معيار الاختصاص الوارد بالمادة ٢٩ يتضمن الموطن العام والمواطن الخاصة على حد سواء .

وقد إستقر فقه القانون التجارى وقانون المرافعات فى كل من فرنسا ومصر على هذا المعنى بالنسبة للإختصاص المحلى حيث يقررون إختصاص محكمة الموطن التجارى للمدين محلياً بشهر الإفلاس (٣) .

ويمتد هذا الحل فى فرنسا بالنسبة للإختصاص الدولى للمحاكم الفرنسية رغم عدم وجود نص مقابل للمادة ٣٠ من قانون المرافعات المصرى (٤) .

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . السابق رقم ١٨٠ وأنظر أيضاً الطبعة السادسة من مؤلفه رقم ١٨٨ وراجع دروستا فى تنازع الاختصاص ص ٥٤ .

(٢) راجع Batiffol رقم ٧٧٤ .

(٣) راجع Morel للمرافعات المدنية رقم ٢٦٧ والدكتور أحمد أبو الوفا . نظرية الدفوع فى قانون المرافعات ص ٤٥ وأستاذنا الدكتور محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى ج ٣ . الطبعة الثالثة ١٩٥٥ رقم ٩٤ .

(٤) Niboyet ج ٦ رقم ١٦٣٧ .

ذلك أن محاكم الدولة التي يوجد بها الموطن التجارى للمدين ، والذي توجد به الإدارة الرئيسية لأعماله التجارية ، هي أنسب المحاكم لاشك لإشهار إفلاسه لأنها توجد حيث يتركز نشاطه التجارى وبالتالي مصالح الدائنين (١).

ولعل هذه الإعتبارات هي التي دفعت كل من الفقه المصرى والفرنسى -- فى مجال الإختصاص المحلى -- الى القول باختصاص محكمة الموطن التجارى للمفلس دون غيرها بشهر إفلاسه رغم أن الأصل فى قواعد الإختصاص المحلى هو عدم تعلقها بالنظام العام (٢) .

والحل السابق غير مأخوذ به على إطلاقه فى مجال الإختصاص الدولى سواء فى فرنسا أو فى مصر . فقد رأينا أنه يجوز شهر الإفلاس أمام محاكم الدولة التي يوجد بها الموطن العام للتاجر ولو لم يكن بها موطنه التجارى . ومن ناحية أخرى فقد ذهب الفقه والقضاء فى فرنسا وجانب من الفقه المصرى الى تأكيد إختصاص القضاء الوطنى بشهر الإفلاس اذا كان للتاجر المدين فرع يزاول فيه جزءا من نشاطه التجارى فى الدولة ، أو اذا كانت بها أمواله كلها أو بعضها حتى ولو لم يكن له فى الدولة موطن تجارى أو موطن عام (٣) .

(١) راجع رسالة Bauer السابق الاشارة إليها ص ٦٤ .

(٢) راجع Morel رقم ٢٦٧ والدكتور أحمد أبو الوفا . السابق ص ٤٥ .

(٣) راجع Bauer ص ٦٥ وهو يشير الى أحكام القضاء الفرنسى فى هذا المعنى . وأنظر تعليق أستاذنا Loussouarn المنشور فى Rev. crit ١٩٥٦ ص ٤٩٠ وهو يشير الى تردد القضاء الفرنسى فى هذا الشأن . فبينما تميل بعض الأحكام الى تأكيد اختصاص المحكمة التي يوجد بها المركز الرئيسى للشركة بشهر هذه الشركة أعدا مبدأ وحدة التظلية ، نجد أن هناك أحكاماً أخرى تقرر الإختصاص بشهر الإفلاس لجميع محاكم الدول التي توجد بها فروع الشركة المختلفة . ويبدو لنا أن تمدد التظليس على هذا النحو هو النتيجة الطبيعية لحرية كل دولة فى عقد اختصاص محاكمها بالنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً . ومن جهة أخرى فإن الإعتبارات الدولية قد تؤدى بالضرورة الى الخروج عن مبدأ وحدة التظلية على نحو ما سنرى فى المتن .

وراجع فى الفقه المصرى : الدكتور عز الدين عبد الله الطيبة الثانية ص ٥١٦ والطبعة السادسة رقم ١٨٨ .

وترجع الحلول السابقة جميعها الى الإعتبارات الدولية . اذ قد تقتضى مصالح الدائنين إشهار افلاس التاجر أمام محاكم الدولة التى توجد بها أمواله أو جزء منها حتى يسهل لهم إتخاذ اجراءات التنفيذ عليها واستيفاء حقوقهم منها . وتبدو أهمية هذا الحل بصفة خاصة فى الأحوال التى يكون للتاجر فيها عقارات فى دولة معينة . إذ قد يكون من الخير فى هذه الحالة ان ترفع دعوى شهر الإفلاس أمام محاكم هذه الدولة وإلا فقد يكون من العسير بعد ذلك تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم دولة أخرى بها .

ونخلص بذلك إلى أن المحاكم المصرية تختص بشهر افلاس التاجر اذا كان له فى مصر موطن عام أو موطن تجارى أو فرع يزاول فيه جزء من نشاطه التجارى أو كانت أمواله كلها أو بعضها موجودة فيها . وإذا ما اختصت المحاكم المصرية بشهر افلاس التاجر فيكون لها بعد ذلك ان تنظر فى جميع الدعاوى المتعلقة بمواد الإفلاس عموماً إعمالاً للفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات .

والواقع أنه من الخير ألا تختص المحاكم المصرية بشهر الإفلاس فى غير الأحوال السابقة كما اذا كانت مصر هى بلد إبرام العقد أو محل تنفيذه ، وذلك « لأن شهر الإفلاس ليس مجرد دعوى عادية يرفعها دائن على مدينه ، إذ الإفلاس نظام تبتغى به حماية حقوق دائنى المدين وتسويهم فيما لهم من حقوق ، ومن شأنه إعتبار هؤلاء الدائنين مجموعاً قائماً بذاته يكون تقسابه الدائنين » (١) . وكل ذلك يقتضى ان تكون المحكمة المرفوع أمامها طلب شهر الإفلاس مختصة ببناء على أحد الضوابط العامة التى بينهاها والتى تسمح باشتراك غالبية الدائنين فى التفليسة وليس على مجرد ضابط يخص عملية

تجارية بعينها كما هو الشأن بالنسبة لمعيار محل الإلتزام (١) .

٢٧ - سادسا : الاختصاص بمسائل الارث وبالدعوى المتعلقة بالتركة

تنص المادة ٣١ من قانون المرافعات الجديد على أنه « تختص محاكم الجمهورية بمسائل الارث وبالدعوى المتعلقة بالتركة متى كانت التركة قد أفتتحت في الجمهورية أو كان المورث مصريا أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الجمهورية » .

والنص السابق منقول عن كل من الفقرة الثالثة من المادة ٣ من قانون المرافعات الملغى والخاصة بالدعوى المتعلقة بالتركة ، والفقرة الثانية من المادة ٨٦٠ من نفس هذا القانون والمتعلقة بمسائل الارث مع « تعديل هذه الأخيرة بالإكفاء بكون المورث مصريا أو كون أموال التركة واقعة كلها أو بعضها في الجمهورية دون إضافة ضابط آخر للإختصاص الى كل منهما . وبعد النص على عقد الإختصاص في مسائل الإرث على أساس تعدد المدعى عليهم لأن عقد الإختصاص لمحاكم الجمهورية على هذا الأساس أخذ في المشروع صورة قاعدة عامة منصوص عليها في البند التاسع من المادة ٣٠ « (٢) .

وتحديد المقصود بمسائل الإرث هو مسألة تكييف تخضع للقانون المصري . ويعتد من هذه المسائل الشروط الواجب توافرها لإستحقاق الإرث وبيان الورثة وتحديد مراتبهم ونصيب كل منهم وحق المورث في تعيين منفذ الوصية وحق القاضي في تعيين مدير التركة (٣) .

(١) قرب الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية رقم ١٨٠ .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون . وأنظر في عرض أحكام المادتين ٣/٣ و ٢/٢٦٠ من قانون المرافعات القديم : دروسنا في تنازع الاختصاص القضائي الدولي رقم ٢٤ ورقم ٣٨ .

(٣) راجع الدكتور شمس الدين الوكيل . المرجع السابق ص ١٤٠ وما بعدها وأنظر في فرنسا Batiffol للطول رقم ٦٥٧ وما بعده .

والمقصود بالدعوى المتعلقة بالتركة الدعوى المدنية البحتة كما هو الشأن بالنسبة للدعوى التي يرفعها دائن المورث طالبا الوفاء بدينه من التركة أو الدعوى التي ترفع على مدين المورث لاستيفاء أموال التركة .

وتتولى فيما يلي دراسة القاعدة العامة في الاختصاص بمسائل الإرث والدعوى المتعلقة بالتركة : ثم نعرض للاستثناء المقرر على هذه القاعدة .

(١) القاعدة العامة في الاختصاص بمسائل الإرث والدعوى المتعلقة بالتركة

أشارت المادة ٣١ من قانون المرافعات الجديد إلى ثلاثة ضوابط للاختصاص في مسائل الإرث والدعوى المتعلقة بالتركة .

الضابط الأول هو ضابط محل إفتتاح التركة . وعلى ذلك تختص محاكم الجمهورية بالدعوى إذا كانت مصر هي آخر موطن للمتوفى .

وأساس إعتداد المشرع ببلد إفتتاح التركة كضابط للاختصاص في مواد المواريث هو ان محاكم الدولة التي يوجد بها آخر موطن للمتوفى هي الأقدر على الفصل في الدعوى المتعلقة بالتركة لكونها أقرب المحاكم الى أموال المتوفى كما أن مصالح دائنيه تتركز عادة في دائرتها (١) .

والضابط الثاني لإختصاص المحاكم المصرية في مسائل الإرث والدعوى المتعلقة بالتركة هو ضابط جنسية المورث . فمضى كان المورث مصرية انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بدعوى الإرث أو بالدعوى المتعلقة بالتركة .

ولم تكن المادة ٨٦٠ من قانون المرافعات القديم تكفي بالجنسية المصرية للمورث كضابط لإختصاص المحاكم الوطنية بالنسبة لدعوى الإرث ، بل كانت تستلزم فوق ذلك ان تكون أموال التركة كلها أو بعضها في مصر .

(١) راجع Lerebours Pigeonniere et Loussouarn الموجز رقم ٤١٢ .

وعندنا أن المشرع قد جابه الصواب حينما إكتفى في القانون الجديد بالجنسية المصرية للمورث كضابط لإختصاص محاكم الجمهورية بدعوى الإرث والدعوى المتعلقة بالتركة . فقد رأينا أن ضابط الجنسية لا يكفي وحده لربط النزاع بالإقليم (١) .

ويبدو أن المشرع قد وضع في إعتباره أنه لو كان المورث مصرياً فإن القانون المصري هو الذى سيطبق على موضوع دعوى الإرث إعمالاً للمادة ١٧ من القانون المدني ، مما يجعل إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى أمراً مرغوباً فيه وفقاً للفكرة القائلة بأن محاكم الدولة هى الأولى بتطبيق قانونها .

ومهما كان من أمر هذه الأفكار فقد تناسى الشارع ان القانون المصري لن يكون هو الواجب التطبيق بالضرورة كما لو كانت الدعوى مثلاً من الدعاوى المدنية البحت المتعلقة بالتركة كدعوى دائن المورث التى يطالب فيها بحق عيى على مال منقول من أموال التركة كائن فى دولة أجنبية (٢) .

أما الضابط الثالث لإختصاص المحاكم المصرية فى مسائل الإرث والدعوى المتعلقة بالتركة فهو وجود أموال التركة كلها أو بعضها فى مصر . ويقوم الإختصاص فى هذا الفرض على أساس أن مصر هى دولة موقع الأموال ومن ثم تختص محاكمها بالدعوى المتعلقة بها ، وهو ترديد للمبدأ العام الوارد بالفقرة الثانية من المادة ٣٠ على نحو ما رأينا من قبل .

(١) راجع ما تقدم رقم ٢٢ وأنظر مع ذلك الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٦٩٨ وهامش (١) .

(٢) أما لو كان المال عقاراً فى هذا الفرض فلن تختص المحاكم المصرية بنظر الدعوى أصلاً على نحو ما سنرى (راجع المتن) .

ومع ذلك يظل هناك فارق هام بين اختصاص المحاكم المصرية القائم على وجود المال في مصر والمنصوص عليه في الفقرة الثانية بالمادة ٣٠ وبين اختصاص هذه المحاكم في مسائل الإرث وفقاً للمادة ٣١ محل البحث .
ففي هذه الحالة الأخيرة يكفي لإختصاص المحاكم المصرية بدعاوى الإرث أو الدعاوى المتعلقة بالتركة ان تكون بعض أموال التركة في مصر ولو كان المال محل النزاع كائناً في دولة أجنبية .

ونحن وان كنا لا نرى مانعاً من قبول هذه النتيجة بالنسبة للأموال المنقولة الموجودة في الخارج . إلا أن الأمر لا بد أن يختلف بالنسبة للعقارات الكائنة في دولة أجنبية على نحو ما سنرى عند التعرض للإستثناء الوارد على القاعدة العامة في شأن الإختصاص بمسائل التركات .

ونشير في النهاية إلى ان عدم توافر أحد ضوابط الإختصاص الثلاثة المتقدمة لا يحول دون اختصاص المحاكم المصرية بمسائل الإرث أوبالدعاوى المتعلقة بالتركة ما دام أن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر وفقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة ٢٩ من قانون المرافعات (١) . وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية تعليقاً على المادة ٢٩ سالفه الذكر : « . . . على ان انعقاد الإختصاص لمحاكم الجمهورية على أساس موطن المدعى عليه أو محل إقامته هي قاعدة عامة لا تعطلها قواعد الإختصاص الخاصة بمسائل الولاية على المال أو بمسائل الميراث أو غيرها الا حيث يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » .

(١) وراجع في هذا المعنى أيضاً الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة من ٧٠٥ ،

(٢) الاستثناء : الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج

رأينا ان المحاكم المصرية تختص بمسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة مادام أن المدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر (المادة ٢٩) ، أو كانت مصر هي آخر موطن للمتوفى ، أو كان المورث مصرياً ، أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في مصر وحتى لو كانت بعض أموال التركة موجودة في الخارج (المادة ٣١ من قانون المرافعات) .

ولا شك عندنا في اختصاص المحاكم المصرية في الأحوال السابقة ولو كانت بعض أموال التركة المنقولة موجودة في دولة أجنبية . بل واننا لا نشك في اختصاص المحاكم المصرية في الأحوال السابقة ولو كانت بعض أموال التركة العقارية في الخارج مادام أن الدعوى لا تتعلق بهذه العقارات . أما لو كانت الدعوى تتعلق ببعض أموال التركة العقارية الكائنة في دولة أجنبية ففي الأمر تفصيل .

ويرى جانب من الفقه المصرى ان المحاكم المصرية تختص بدعاوى الإرث مادام أن أحد ضوابط الاختصاص التي نصت الإشارة إليها قد تحقق وحتى لو تعلقت الدعوى بعقار كائن في الخارج (١) . ويقوم هذا الرأي أساساً ، والذي قال به أيضاً نفر من الشراح الفرنسيين (٢) ، على فكرة وحدة الاختصاص بمسائل التركة (٣) .

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٦٢ والطبعة السادسة ص ٢٠١ وما بعدها .

(٢) راجع Niboyet المطول ج ٦ رقم ١٨٣٨ .

(٣) راجع في مزيد من التفصيل : الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق .

وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية وفقاً لهذا الرأي بدعوى الاستحقاق في الإرث وما قد تثيره من بيان الورثة وتحديد مراتبهم ونصيب كل منهم ولو تعلقت بعقارات كائنة في دولة أجنبية . أما دعوى استحقاق العقار الموروث والتي يرفعها الوارث بعد ثبوت إستحقاقه في الإرث فقد أكد هذا الرأي أخيراً عدم اختصاص المحاكم المصرية بها مادام أن العقار كائن في الخارج على أساس أنها تعد من الدعاوى العينية العقارية (١) .

ونحن نعتقد مع ذلك ان المحاكم المصرية لا تختص -- كبداً عام -- بدعاوى الميراث المتعلقة بعقارات كائنة في الخارج في جميع الأحوال . ذلك ان تعيين الوارث في العقار هو تحديد لمن سيؤول إليه الحق العيني على هذا العقار ، وهو الأمر الذي يستوجب لإختصاص محكمة موقعه بدعوى الإرث المتعلقة به تطبيقاً لمبدأ قوة النفاذ . حقاً ان محكمة موقع العقار هي التي ستختص في جميع الأحوال بدعوى القسمة فيه على أساس ان دعوى القسمة لا تعد من مسائل الميراث وفقاً للتكييف المصرى لهذه الدعوى على نحو ما سنرى . ومع ذلك فان محاكم دولة الموقع سترفض غالباً تقسيم العقار على أساس التحديد الذي أتت به المحاكم المصرية للورثة في العقار وأنصبه كل منهم فيه مادام أن هذا التحديد من شأنه إكتساب حق عيني على عقار كائن بها في غير الأحوال التي يقرها القانون الواجب التطبيق هناك . وموذى هذا ان يصبح الحكم المصرى الصادر في دعاوى الإرث المتعلقة بعقار كائن في الخارج عديم القيمة الفعلية (٢) . ولذا نفضل ان يترك أمر

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٠٢ وقارن الطبعة الثانية ص ٥٦٢ .

(٢) وهو ما يتبرر به أيضاً أنصار اختصاص المحاكم الوطنية بدعوى الارث المتعلقة بعقار واقع في الخارج . راجع Niboyet السابق رقم ١٨٢٨ .

تعيين الورثة في العقارات الكائنة في الخارج وتحديد أنصبتهم فيها الى محاكم دولة موقع هذا العقار والتي تختص أيضاً بدعوى القسمة فيه ، وذلك إستجابة الى وحدة الإختصاص في المنازعات المتعلقة بعقارات كائنة في الخارج ، وإعمالاً لمبدأ قوة النفاذ الذي يعد الأساس الحقيقي لإختصاص محاكم دولة موقع العقار دون غيرها بالمنازعات المتعلقة به على نحو ما رأينا من قبل .

ويبدو أن هذه الإعتبارات هي التي دفعت القضاء الفرنسي الحديث الى الخروج عن قواعد الإختصاص المحلي ، وتأكيد عدم إختصاصه بدعوى الإرث المتعلقة بعقارات كائنة في دولة أجنبية حتى لو كانت فرنسا هي بلد إفتتاح التركة (١) .

أما بالنسبة للدعوى المتعلقة بالتركة وهي الدعوى المدنية البهتة كدعوى دائن المورث التي يطالب فيها بالوفاء بدينه من التركة والدعوى التي ترفع على مدين المورث لإستيفاء أموال التركة والتي رأينا ان المشرع قد أخضعها بدورها لإختصاص القضاء المصري اذا ما تحققت الضوابط التي مضت الإشارة إليها ، فقد أكد الفقه المصري بحق عدم اختصاص محاكم الجمهورية مع ذلك بنظرها اذا ما تعلقت بعقار واقع في الخارج (٢) .

(١) راجع هذا الاتجاه معروفاً في Batiffol المطول رقم ٧٠٠ . وأنظر الحل المخالف في نطاق الإختصاص المحلي Morel رقم ٢٦٣ وراجع في مصر المادة ٥٣ من قانون المرافعات والتي تنص على أن « الدعاوى المتعلقة بالتركات التي ترفع قبل قسمة التركة من الدائن أو من بعض الورثة على بعض تكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها آخر موطن لثتوى » .

(٢) راجع المذكور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٠٨ وما بعدها والطبعة السادسة ص ٧٠٤ ودرونا في تنازع الاختصاص القضائي الدولي رقم ٢٤ .

وعلى ذلك فدعوى الدائن ذو الحق العيني التبعية على عقار المتوفى الكائن في الخارج (دعوى الدائن المرتين) نفلت من إختصاص القضاء المصرى حتى لو كانت مصر هى بلد إفتتاح التركة ، أو كان المورث مصرى ، أو كانت بعض أموال التركة موجودة فى مصر (المادة ٣١ مرافعات) ، أو كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى مصر ، وذلك لنفس الاعتبارات التى دفعت المشرع المصرى الى استثناء الدعاوى المقاربة المتعلقة بعقار واقع فى الخارج من إختصاص القضاء المصرى القائم على فكرة الجنسية (المادة ٢٨) (أو الموطن ومحل الإقامة) (المادة ٢٩) .

ويرى البعض إمتداد هذا الاستثناء الى الدعاوى العينية المتعلقة بمنقول كائن فى دولة أجنبية (١) .

ونحن نرى على العكس انه ليس هناك ثمة ما يدعو الى استبعاد الدعاوى العينية المتعلقة بمنقول موجود فى الخارج من نطاق تطبيق المادة ٣١ من قانون المرافعات . وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية فى رأينا بالدعوى التى يرفعها الدائن ذو الحق العيني التبعية على أموال المتوفى المنقولة ضد الورثة مادام أن التركة قد أفتتحت فى مصر حتى لو كانت المنقولات كائنة فى دولة أجنبية . ويرجع هذا الحل بدوره الى نفس الأسباب التى قررنا من أجلها إختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى العينية المنقولة اذا كان المدعى عليه متوطنا فى مصر حتى لو كان المنقول موجودا فى دولة أخرى . فقد مضت الإشارة الى خطأ تشبيه الدعاوى العينية المنقولة بالدعاوى المقاربة

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٠٩ والطبعة السادسة ص ٧٠٤ . ولذا نراه يقول « أما الدعوى التى يرفعها الدائن ذو الحق العيني التبعية فهى دعوى عينية لا تختص بها محاكم الجمهورية اذا كان المال المترتب فيه الحق واقعا فى الخارج » ، فهو لم يفرق اذن بين الدعاوى المتعلقة بعقار كائن فى الخارج وبين تلك التى تتعلق بمنقول موجود فى دولة أجنبية .

بصفة عامة . فالإعتبرات التي توجب على القضاء المصرى أن يتخلى عن النظر في المنازعات المتعلقة بعقار كائن في الخارج لا تتوافر بالنسبة للدعاوى المنصبة على منقول موجود في دولة أجنبية (١) .

ونشير في النهاية إلى ضابط الاختصاص في دعاوى القسمة والخروج عن حالة الشيوخ المترتبة على الميراث لما لها من وضع خاص . وقد كانت المحاكم الفرنسية ترى إختصاصها بنظر دعاوى القسمة العقارية ما دامت فرنسا هي محل إفتتاح التركة وحتى لو كان العقار كائن في دولة أجنبية ، وهو نفس الحل المتبع في ألمانيا حتى الآن (٢) . ومع ذلك فنجد أن صدر حكم محكمة النقض الفرنسية في ٥ يوليو ١٩٣٣ (٣) إستقر القضاء هناك على الحكم بعدم إختصاصه بدعاوى قسمة العقارات الكائنة في الخارج حتى لو كانت فرنسا هي دولة إفتتاح التركة (٤) .

ولا يقوم هذا الحل في فرنسا على أساس إختصاص محكمة موقع العقار بالدعاوى المتعلقة به فقط ، وإنما يستند أيضاً - وبالدرجة الأولى - إلى ما للدعوى القسمة من طبيعة خاصة . ذلك أن للقسمة إجراءات معينة - لا يتصور فنيا أن تقوم بها محكمة غير محكمة الموقع (٥) . وإذا إفترضنا أن محكمة أخرى قد تصلحت لإلتخاذ إجراءات القسمة فسوف يكون حكمها - والواجب التنفيذ في دولة الموقع - عديم القيمة الفعلية . ذلك أن محاكم دولة الموقع سوف ترفض غالباً الأمر بتنفيذ هذا الحكم أو الإعتراف بأثاره

(١) راجع ما تقدم من ص ٨٦ وما بعدها .

(٢) Bauer في رسالته ص ٦٢ .

(٣) منشور في Sirey ١٩٣٤ الجزء الأول ص ٣٢٧ مع تعليق Niboyet .

(٤) Bauer السابق و Niboyet رقم ١٨٤٠ .

(٥) Niboyet المطول ج ٦ ص ٤٥٣ وراجع تعليقه للنشور في ١٩٣٤ Rcv. crit

من ٩٣٩ وأنظر كذلك Batiffol المطول رقم ٦٨٨ .

هناك (١) .

ونحن نرى مع جانب من الفقه الفرنسى إمتداد هذا الحل بالمثل إلى دعاوى القسمة المنقولة لنفس الأسباب التى يقوم عليها الحل المماثل بالنسبة للمقاربات (٢) . وعلى ذلك فلا تختص المحاكم المصرية فى تقديرنا بدعوى القسمة اذا كانت أموال التركة العقارية أو المنقولة كائنة فى دولة أجنبية حتى لو كانت مصر هى دولة لإفتتاح التركة (٣) .

وقد يبدو هذا الحل غريباً بالنسبة لدعاوى القسمة المنقولة خاصة وأن دعاوى القسمة عموماً تعد وفقاً للرأى الراجح من الدعاوى الشخصية (٤) . إذ أن معنى ذلك أننا قد سلبنا اختصاص المحاكم المصرية فى هذه الحالة بنظر الدعوى الشخصية المنقولة لمجرد وجود المنقول فى دولة أجنبية رغم أننا قد رفضنا هذا الحل قبل ذلك حتى بالنسبة للدعاوى العينية المنقولة . ومع ذلك فمصرعان ما يزول هذا التناقض الظاهرى فى النتائج التى إنتهينا إليها اذا عرفنا ان اساس سلب اختصاص المحاكم المصرية فى هذه الحالة - رغم افتراض ان مصر هى بلد افتتاح التركة أو موطن المدعى عليه - هو ما لدعوى القسمة من طبيعة خاصة كما ذكرنا ، وليس مجرد وجود المنقول محل القسمة فى الخارج . فقد رأينا ان على المحكمة ان تتخذ عند نظرها لدعوى القسمة إجراءات معينة لا يتأتى إتخاذها فنياً لغير محكمة موقع المال . وهو

(١) Bauer ص ٦٢ .

(٢) Niboyet ج ٦ ص ٤٥٤ .

(٣) راجع فى تأييد هذا الحل فى مصر : الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ١٠٥ .

والطبعة السادسة ص ٧٠٤ ، ٧٠٥ .

(٤) راجع الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة السادسة ص ٧٠٤ .

إعتبار يصلح أساسا كافيا لإختصاص محكمة الموقع بدعوى القسمة سواء تعلقت بعقار أو بمنقول .

وغنى عن البيان أنه لو كانت العقارات أو المنقولات محل القسمة كائنة في مصر فإن المحاكم المصرية تختص بدعوى القسمة في هذه الحالة إستنادا إلى الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات ولو لم تكن مصر هي دولة لإفتتاح التركة (١) .

٢٨ - سابقا : الاختصاص في مسائل الولاية على المال

تنص الفقرة الثامنة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات على إختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بالولاية على المال « متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامة في الجمهورية أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب » .

ونص المادة ٨/٣٠ منقول عن المادة ٨٦٠ من قانون المرافعات القديم . ولعل الفارق الوحيد بين النصين هو ان المشرع قد سوى في القانون الجديد بين الموطن ومحل الإقامة بينما كان يقصر اختصاص المحاكم المصرية في ظل القانون القديم على حالة ما إذا كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا متوطنا في مصر أو كان بها آخر موطن للغائب .

وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية بمسائل الولاية على المال إذا كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامه في مصر أو كان بها آخر موطن أو محل إقامه للغائب ، وذلك يصرف النظر عما إذا كان ناقص الأهلية أو الغائب هو المدعى أو المدعى عليه .

(١) راجع في سلاطة هذا الحل بالنسبة للعقارات في فرنسا والمانيا Bauer في رسالته

والواقع أن جلدوى الفقرة الثامنة من المادة ٣٠ لا تبدو إلا في الفروض التي يكون ناقص الأهلية أو الغائب فيها هو المدعى . إذ تختص المحاكم المصرية بمسائل الولاية على المال في هذه الحالة مادام أن لناقص الأهلية موطن أو محل إقامة في مصر أو كانت هي آخر موطن أو محل إقامة للغائب . أما لو كان ناقص الأهلية أو الغائب هو المدعى عليه لاختصت المحاكم المصرية بالدعوى وفقاً للقاعدة العامة الواردة بالمادة ٢٩ من قانون المرافعات والتي تقضى باختصاص هذه المحاكم مادام أن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر (١) . وقد راعى المشرع عند وضعه لنص الفقرة الثامنة من المادة ٣٠، وما يتضمنه هذا النص من استثناء على القاعدة العامة الواردة في المادة ٢٩، حماية الطرف الضعيف في الدعوى .

ويلاحظ أن الاختصاص بتعيين الوصى أو القيم أو المساعد ينعقد للمحاكم المصرية مادام أن ناقص الأهلية نفسه متوطناً أو مقيماً فيها أو إذا كانت مصر هي آخر موطن أو محل إقامة للغائب . أما وقد عين النائب القانوني للغائب أو للقاصر أو المطلوب الحجز عليه أو مساعدته قضائياً فقد أصبح موطن هؤلاء هو موطن من ينوب عنهم إعمالاً للمادة ٤٢ من القانون المدني .

وتشمل مسائل الولاية على المال كل ما يتعلق بتعيين النواب القانونيين أو القضائيين عن ناقص الأهلية وإثبات الغيبة وتعيين الوكلاء عن الغائبين ومراقبة أعمال هؤلاء النواب وعزلهم وكذلك النظر في استمرار الولاية أو الرصاية إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد والاذن للقاصر بمباشرة التجارة وحدود هذا الإذن ، وباختصار كل ما يتعلق بحماية ناقص الأهلية .

(١) وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد تعليقاً على نص المادة ٢٩ « على أن انتماء الاختصاص للمحاكم الجمهورية على أساس موطن المدعى عليه أو محل إقامته هي قاعدة عامة لا تعطلها قواعد الاختصاص الخاصة بمسائل الولاية على المال أو بمسائل الميراث أو غيرها إلا حيث يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » .

ويرى جانب من الفقه المصرى يخفق انه وان كان نص الفقرة الثامنة من المادة ٣٠ قد جاء صريحاً فى ذكر الاختصاص « بالدعوى » المتعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال - إلا انه من المتعين ان ينصرف حكمه « إلى اى اجراء يلزم اتخاذه فى هذه المسائل لحماية عديم الأهلية أو من فى حكمه فى ماله » (١) .

أما عن تصرف النائب فى أموال ناقص الأهلية أو تصرف هذا الأخير نفسه فى أمواله فى الحدود التى سمح له فيها بإدارتها فهو يخضع - بالنسبة للمنازعات المتعلقة به - إلى القواعد العامة فى الإختصاص . وعلى ذلك فإذا كان الأذن للوصى ببيع عقار القاصر يعد من مسائل الولاية على المال التى تخضع لضابط الاختصاص المشار إليه فى الفقرة الثامنة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات . فان التراجع المتعلق بالبيع ذاته كتصرف وارء على عقار يخضع للقاعدة الواردة بالفقرة الثانية من المادة ٣٠ على نحو ما رأينا من قبل (٢) .

٢٩ - ثانياً : الاختصاص بالمسائل المتعلقة بنسب الصغير والولاية على النفس

نصت الفقرة السادسة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى التى ترفع على أجنبى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك « اذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم فى الجمهورية أو بسبب الولاية على نفسه أو الحلد منها أو وقفها أو استردادها » .

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٦٩٥ . مع ملاحظة إختصاص المحاكم المصرية فى جميع الأحوال بما يلزم اتخاذه من اجراءات وقتية أو تحفظية فى هذا الشأن إعمالاً للبداىء العام الواردة فى المادة ٣٤ من قانون المرافعات على نحو ما سئى فيها بعد .

(٢) راجع ما قبله رقم ٢٤ وأنظر فى ذلك الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٦٩٥ .

وهذا النص منقول عن الفقرة (د) من المادة ٨٦١ من قانون المرافعات الملغى .

ويلاحظ ان المشرع قد اعتمد باقامة الصغير في مصر ولم يستلزم ان يكون متوطنا بها . وقد راعى المشرع اعتبارات العدالة وحماية مركز الطرف الضعيف في الدعوى حينما اعتمد باقامة الصغير في مصر كضابط لإختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المحددة في النص وذلك بصرف النظر عما اذا كان الصغير هو المدعى فيها أو المدعى عليه .

والمقصود بدعوى النسب هو دعوى اثبات النسب ودعوى انكاره .

٣٠ - تاسعا : الاختصاص بطلب نفقه للأم أو للزوجة أو للصغير

نصت الفقرة الخامسة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى التي ترفع على الأجنبي ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية اذا كانت « متعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لها موطن في الجمهورية أو للصغير المقيم فيها » .

وضابط اختصاص المحاكم المصرية في هذه الحالة هو توطن الأم أو الزوجة المدعية في مصر . أما بالنسبة للصغير فيكفي أن يكون محل إقامته المعتادة في مصر حتى يتعقد الإختصاص للمحاكم المصرية بدعوى المطالبة بالنفقة المستحقة له . فضابط الاختصاص في هذا الفرض هو موطن المدعى (بالنسبة للأم أو الزوجة) أو محل إقامته (بالنسبة للصغير) ، وذلك خلافا للقاعدة العامة الواردة بالمادة ٢٩ والتي تقضى باختصاص المحاكم المصرية اذا كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر .

وأساس الإستثناء الوارد بالفقرة الخامسة من المادة ٣٠ هو مراعاة حالة المدعى المطالب بالنفقة ، نظرا لضعف مركزه وحاجته العادلة الى النفقة اللازمة لمعيشته .

ويلاحظ في النهاية ان ضابط الاختصاص الوارد في الفقرة الخامسة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات يتعلق بنفقة الأم أو الزوجة أو الصغير . أما النفقة الوقتية التي قد يطالب بها هؤلاء أو غيرهم فهي تقع تحت حكم المادة ٣٤ من قانون المرافعات على نحو ما سترى فيما بعد .

٣١- عاشرًا : الاختصاص بالمعارضة في عقد الزواج المراد إبرامه لدى الموثق المصري

نصت الفقرة الثالثة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى التي ترفع على الأجنبي ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في مصر وذلك « اذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق مصري » .

والنص السابق منقول عن الفقرة (أ) من المادة ٨٦١ من قانون المرافعات القديم .

وقد روعيت في هذا الاستثناء المقرر على القاعدة العامة في اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه لإعتبارات الملاءمة . فن المعلوم ان المشرع قد أكد في المادة (٢٠) من القانون المدني مبدأ خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام . ومؤدى ذلك أنه يجوز للأجانب إبرام عقود زواجهم لدى الموثق المصري إعمالاً لنصوص القانون المصري . وقد يحدث في هذه الأحوال ان يعترض على الزواج من له الحق قانوناً في الاعتراض عليه كما لو كان أحد الزوجين عديم الأهلية وفقاً لأحكام قانون جنسيته أو كان مبنى الاعتراض هو عدم رضاه من يستلزم القانون الواجب التطبيق رضاه بالزواج .

ولا شك انه من الخير في هذه الحالة - تمكيننا للموثق المصري من أداء مهمته على الوجه الأكمل - ان تختص المحاكم المصرية بالنظر في هذا الاعتراض

ما دام أن شكل الزواج يخضع في هذه الحالة للقانون المصرى (١) .

٣٢- الحادى عشر : الاختصاص بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال الجسمى

نصت الفقرة الرابعة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى التى ترفع على الأجنبى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة فى مصر اذا كانت متعلقة « بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال وكانت مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية بالزواج متى كان لها موطن فى الجمهورية : أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن فى الجمهورية على زوجها الذى كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه فى الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال أو كان قد أبعد عن الجمهورية » .

والنص السابق منقول عن الفقرة (ب) من المادة ٨٦١ من قانون المرافعات القديم .

وتختص المحاكم المصرية وفقاً لهذا النص بالدعوى المتعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال الجسمى ولو لم يكن للمدعى عليه الأجنبى موطن أو محل إقامة فى مصر وذلك فى الفرضين الآتين :

الفرض الاول : ان تكون الدعوى مرفوعة من الزوجة الأجنبية المتوطنة فى مصر متى كانت قد فقدت جنسية الجمهورية العربية المتحدة نتيجة للزواج .

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٥١ ، ٥٥٢ والطبعة السادسة

ومبنى الاختصاص في هذه الحالة هو مراعاة حالة الزوجة المدعية في هذا الفرض وتمكيها من إسترداد جنسيتها المصرية وفقاً للمادة (٢٠) من قانون الجنسية . ولا شك ان توطن الزوجة في مصر بعد إخلال رابطة الزوجية يشكل عنصراً هاماً من عناصر تقدير السلطة التنفيذية عند النظر في طلب إسترداد الجنسية (١) .

ويلاحظ أنه يشترط لإختصاص المحاكم المصرية في هذه الحالة ان يكون للزوجة المدعية موطن في مصر . فمجرد إقامة الزوجة بمصر لا يكفي لعقد الاختصاص غايتها . وقد سبق للفقهاء المصريين ان انتهى الى هذه النتيجة في ظل القانون القديم رغم أن نص المادة ٨٦١/ب كان يكتفى بإقامة الزوجة في مصر (٢) .

الفرض الثاني : ان تكون الدعوى مرفوعة من الزوجة المتوطنة في مصر على زوجها الذي كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطلق أو الانفصال أو كان قد أبعد عن الجمهورية .

ومبنى الاختصاص هنا هو توطن الزوجة المدعية في مصر . أما عن حكمته فهي مراعاة مركز الزوجة التي أساء اليها زوجها بهجرها أو بنقل موطنه الى الخارج بعد تحقق سبب دعوى الفسخ أو التطلق أو الانفصال وكذلك مراعاة الزوجة التي إستحالت حياتها مع زوجها نتيجة لإبعاده الى الخارج (٣) .

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٣٣ والطبعة السادسة ص ٦٨٧ و ٦٨٨ .

(٢) راجع الدكتور محمد كمال فهمي . المرجع السابق ص ٥١٠ ودرونا في تناسخ الاختصاص القضائي الاول ص ٩٣ .

(٣) راجع الدكتور محمد كمال فهمي ص ٥١٠ ودرونا السابق الاشارة إليها ص ٩٤ .

٣٣ - الثاني عشر: الاختصاص القائم على فكرة تلافى إنكار العدالة أو كون القانون المصرى هو الواجب التطبيق فى الدعوى

نصت الفقرة السابعة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات على إختصاص محاكم الجمهورية بالدعوى المرفوعة على الأجنبي الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى مصر وذلك « إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنيا أو كان أجنبيا له موطن فى الجمهورية ، وذلك اذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى » .

وهذا النص منقول عن نص الفقرة هـ من المادة ٨٦١ من قانون المرافعات القديم . ويتضمن النص السابق استثنائين على قاعدة إختصاص محكمة موطن المدعى عليه . أولهما يتعلق بالإختصاص القائم على فكرة منع إنكار العدالة . وثانيهما يتعلق باختصاص المحاكم المصرية الذى يستند إلى أن القانون المصرى هو الواجب التطبيق فى الدعوى .

١ - الاختصاص القائم على فكرة تلافى إنكار العدالة

تختص المحاكم المصرية وفقا للمادة ٧/٣٠ من قانون المرافعات إذا كان المدعى مصرى الجنسية أو أجنبيا متوطنا فى مصر وذلك فيما لو لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج .

وقد قصد المشرع بهذا الإستثناء أساسا تلافى إنكار العدالة (١) . فالمفروض أنه ليس للمدعى عليه موطن معروف ، ومن ثم فالغالب أنه

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٤٩ والطبعة السادسة ص ٦٨٤ وانظر دروستا فى تنازع الاختصاص . السابق الإشارة إليها رقم ٢٨ .

لا توجد هناك محكمة أخرى تختص بالدعوى . وهو الأمر الذى دعا المشرع المصرى إلى تأكيد إختصاص المحاكم المصرية فى هذا الفرض مادام أن المدعى مصرى أو أجنبى متوطن فى مصر .

ويلاحظ من جهة أن المشرع المصرى لم يستجب إلى مبدأ تلافى إنكار العدالة على وجه مطلق . فهو لم يفتح الباب أمام أى مدع لرفع دعواه أمام القضاء المصرى إذا لم يجد محكمة أخرى مختصة . وإنما إشتط المشرع أن يكون هناك ثمة ارتباط بين الدعوى والإقليم فاستلزم أن يكون المدعى متوطنا فى مصر أو أن يكون - على الأقل - مصرى الجنسية .

ومن جهة أخرى فقد إشتط المشرع لعقد إختصاص المحاكم المصرية على النحو السالف أن تكون الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية .

والواقع أن تلافى إنكار العدالة يعد سببا من أسباب الإختصاص بالدعوى فى الكثير من دول العالم دون تفرقة بين مسائل الأحوال الشخصية وبين مسائل الأحوال العينية . فقد حكم القضاء الفرنسى بأنه إذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى فرنسا أو فى الخارج فإن المحاكم الفرنسية تختص بالدعوى مادام أن المدعى متوطن فى فرنسا . وقد إنتهى القضاء الفرنسى إلى هذا الحل بالتطبيق لقواعد الإختصاص المحلى والى تقضى بإختصاص محكمة موطن المدعى إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف (١) . بل ويذهب

(١) راجع فى ذلك Niboyet المپولج ٦ رقم ١٨١١ . وقد أخذ المشرع المصرى بدوره بهذا المبدأ فى نطاق الإختصاص المحلى . راجع المادة ٦١ من قانون المرافعات الجديد والمقابلة للمادة ٦٨ من القانون الملى .

جانب من الفقه الألماني إلى حد القول بأنه إذا لم تكن هناك محكمة مختصة بنظر النزاع فيجب أن تكون جميع المحاكم الأخرى مختصة بالفصل فيه (١) .

وقد دفعنا الإعتبارات السالفة في ظل قانون المرافعات القديم إلى تعميم الحكم الوارد بالمادة ٨/٨٦١ من هذا القانون والمقابلة للمادة ٧/٣٠ من القانون الجديد والمناداة بأعماله سواء بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية أو بالنسبة لمسائل الأحوال العينية رغم ورود النص في الكتاب الرابع والخاص بمواد الأحوال الشخصية . فتلاشى إنكار العدالة كضابط للإختصاص الدولي للمحاكم المصرية يقوم على مبررات لا تخص مواد الأحوال الشخصية دون غيرها (٢) .

وعلى ذلك فقد إنهينا في ظل قانون المرافعات القديم - وخلافا لما كان يراه الفقه المصري في مجموعه (٣) - إلى تأكيد إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى فيما لو لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة معروف ، ولم تكن هناك محكمة أخرى مختصة بالفصل في النزاع ، مادام أن للمدعى موطن أو محل إقامة في مصر . وذلك سواء تعلق النزاع بمواد الأحوال الشخصية أو بمواد الأحوال العينية (٤) .

(١) راجع Bauer في رسالته السابق الإشارة إليها ص ١٢٨ .

(٢) راجع دروستا في تنازع الاختصاص القضائي الدولي . السابق الإشارة إليها ص ٦٤ .

(٣) راجع الدكتور محمد كمال فهمي ص ٥١١ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٥٤٩ .

(٤) راجع Francescakis في مقاله المنشور في « القانون الدولي الخاص في إطار الروابط العائلية » السابق الإشارة إليه ص ٤٢٦ وما بعدها . وهو يشير إلى أن عدم وجود محكمة مختصة بالنزاع يصلح سببا لإنعقاد إختصاص المحاكم الوطنية بالدعوى على أساس أن مقتضيات النظام العام تحتم الأخذ بهذا الحل تلافيا لإنكار العدالة .

ورغم استمرار إيماننا بسلامة هذا النظر . إلا أنه قد يعترض على هذا الرأي في ظل القانون الجديد نظرا لأن الشارع قد قيد تطبيق الفقرة السابعة من المادة ٣٠ - وبصريح النص - في إطار الدعاوى المتعلقة « بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية » . وإن صح هذا القول يصبح الاختصاص القائم على فكرة تلافى إنكار العدالة مقيدا بمواد الأحوال الشخصية دون غيرها ، وهي نتيجة مؤسفة نظرا لكون الإعتبارات التي يقوم عليها ضابط الاختصاص الوارد بالمادة ٧/٣٠ تعبر عن مبدأ عام لا يصح أن يكون حكرا على مواد الأحوال الشخصية دون غيرها .

ولهذا نفضل القول مع ذلك باختصاص المحاكم المصرية بدعاوى الأحوال العينية التي يكون المدعى فيها مصرية أو أجنبية متوطنا في مصر مادام أنه لا توجد محكمة أخرى مختصة بالفصل في النزاع . ويؤيد هذا الحل أنه تعبر عن مبدأ عام تقتضيه إعتبارات العدالة وتعرف به الكثير من دول العالم .

أما عن نص الفقرة السابعة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات فيمكن القول بأن تطبيقه مناط بدعاوى الأحوال الشخصية ، بحيث يكفي لإختصاص المحاكم المصرية بالدعوى في هذه الحالة الأخيرة أن يكون المدعى مصرية أو أجنبية متوطنا في مصر وألا يكون للمدعى عليه موطن معروف في الخارج .

أما في خارج نطاق دعاوى الأحوال الشخصية فلا يكفي لإختصاص المحاكم المصرية أن يكون المدعى مصرية أو أجنبية متوطنا في مصر وألا يكون للمدعى عليه موطن معروف في الخارج ، بل يشترط فوق ذلك ألا تكون هناك محكمة أخرى مختصة بالدعوى على أساس ضابط آخر غير ضابط موطن المدعى عليه .

ويمكن تفسير التفرقة السابقة بين دعاوى الأحوال الشخصية وغيرها

بكون عدم وجود موطن معروف للمدعى عليه في الخارج بالنسبة للدعاوى الأحوال العينية لا يمنع عادة من اختصاص محكمة أخرى بمثل هذه الدعاوى مثل محكمة دولة موقع المال أو محل الإلتزام مما تنفي معه حكمة اختصاص المحاكم المصرية في هذه الفروض وهي تلافى إنكار العدالة .

و نشير في النهاية إلى أن إشتراط أن يكون المدعى مصرية أو أجنبياً متوطناً في مصر في جميع الأحوال وسواء في مواد الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية له ما يبرره . إذ في هذه الفروض بالذات تبدو أهمية الإعتبارات التي يقوم عليها الإختصاص بالدعوى ومدى تعلقها بالعدالة والتنازع العام في الإقليم . فلا شك أن ترك المدعى الوطنى أو الأجنبى المتوطن في مصر دون محكمة يلجأ إليها لاقتضاء حقه هو أمر يتعارض مع واجب الدولة في توفير العدالة لمواطنيها وللمتوطنين فيها صيانة للأمن والسكينة في الإقليم .

وغنى عن البيان أن اختصاص المحاكم المصرية في دعاوى الأحوال الشخصية والقائم على الجنسية المصرية للمدعى أو على توطنه في مصر فيما لو لم يكن للمدعى عليه موطن معروف لا يحل بقاعدة اختصاص محكمة موقع العقار بجميع الدعاوى المتعلقة به . وعلى ذلك فإذا تعلق النزاع بعقار كائن في الخارج فلا تختص المحاكم المصرية بالدعوى حتى لو كان المدعى مصرية الجنسية أو أجنبياً متوطناً في مصر ولم يكن للمدعى عليه موطن معروف . ويرجع هذا الحل إلى مبدأ قوة النفاذ على نحو ما رأينا من قبل . كما أنه يمكن القول بأن وجود العقار في الخارج يعنى أن هناك ثمة محكمة مختصة بالنزاع المتعلق به مما تنفي معه حكمة الإختصاص القائم على فكرة تلافى إنكار العدالة والذي تضمنته الفقرة السابعة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات .

ب- الاختصاص القائم على فكرة أن القانون المصري هو الواجب التطبيق في الدعوى

تختص المحاكم المصرية بالدعوى وفقاً للفقرة السابعة من المادة ٣٠ أيضاً فيما لو كان المدعى مصري الجنسية أو أجنبياً متوطناً في مصر وذلك فيما لو كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق في الدعوى . ولا يهم بعد ذلك أن يكون للمدعى عليه موطن معروف في الخارج من عدمه .

وبقوم هذا الحل في رأي الفقه المصري على أساس أن محاكم الدولة هي الأقدر على كفالة تطبيق قانونها وهو « وان كان أساساً منكوراً في مسائل الأحوال العينية إلا أنه له وجاهته وأهميته في مسائل الأحوال الشخصية » (١) .

وقد تأثر المشرع المصري في ذلك على ما يبدو برأي جانب من الفقه الفرنسي والذي يرى ان اختصاص القضاء هناك في مسائل الأحوال الشخصية للفرنسيين يقوم على أساس ان المحاكم الفرنسية هي الأقدر على كفالة تطبيق القانون الفرنسي الواجب التطبيق على موضوع الدعوى في هذا الفرض وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية (٢) .

والواقع ان القضاء الفرنسي وان كان قد انتهى إلى تأكيد اختصاصه بالمنازعات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية للفرنسيين (ولو كانوا متوطنين في الخارج) ، فهو قد توصل الى هذه النتيجة عن طريق التفسير الموسع للمادتين ١٤ ، ١٥ من القانون المدني الفرنسي . فرغم ان الاستفادة من ظاهر نص هاتين المادتين ان المحاكم الفرنسية تختص بالدعوى اذا كان أى من

(١) الدكتور عز الدين نيب الله . الطبعة الثانية من ٥٥٥ والطبعة السادسة من ٦٨٥ .

(٢) راجع Niboyet السابق رقم ١٧٤٧ ، ١٨٣٦ .

المدعى أو المدعى عليه فرنسي الجنسية وكان النزاع متعلقا بالتزاماتها التعاقدية، إلا أن القضاء قد توسع في تفسير النصين سالف الذكر وقضى باختصاصه حتى لو تعلق النزاع بمواد الأحوال الشخصية (١). ولعل من بين الإعتبارات التي دفعت القضاء الفرنسي إلى الأخذ بهذا الحل أن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع في هذه الحالة الأخيرة وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية. ومع ذلك يظل اختصاص المحاكم الفرنسية بالدعوى قائم على التفسير الموسع للمادتين ١٤، ١٥ من القانون المدني وليس على مجرد أن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على موضوع الدعوى (٢). فقد رأينا أن الأصل هو أن الاختصاص التشريعي لا يجلب في ذاته الإختصاص القضائي. فشكلة الإختصاص القضائي هي مشكلة أولية يتعين الفصل فيها قبل البت في مسألة القانون الواجب التطبيق. وإذا كان من المتصور أن يتلزم كل من الإختصاص القضائي والإختصاص التشريعي في بعض الفروض الاستثنائية فإن مرد ذلك هو تطابق الإعتبارات التي يقوم عليها كل من الإختصاصين (٣).

ولذا يبدو لنا أن الحكم الوارد في الفقرة السابعة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات غريب عن المبادئ العامة في الإختصاص القضائي الدولي. فهو مثال استثنائي لفرض يعتبر فيه الاختصاص التشريعي للقانون الوطني مجلبا للإختصاص القضائي لمحكمة الدولة بصفة مباشرة، وهو ما يقتضى أن يتحرى القاضي عن القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى قبل أن يفصل في مسألة إختصاصه بنظرها خلافا للمبادئ العامة (٤).

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٦٨٧ و Bauer رقم ٦٤.

(٢) راجع رسالة Bauer السابق الإشارة إليها رقم ١٠١ وما بعده وأنظر مع ذلك *Françesckis, la compétence judiciaire internationale* p. 436.

(٣) راجع ما قبله رقم ٦.

(٤) وهناك حكما منزلا لمحكمة *Weldshut* الألمانية علقت فيه إختصاصها على شرط أن يكون القانون الألماني هو الواجب التطبيق على عقد الزواج - راجع نقد هذا الحكم في رسالة Bauer رقم ١٠١ وما بعده.

ومهما كان الأمر فإن هذا الاتجاه الإستثنائي يتعلق بمواد الأحوال الشخصية دون غيرها . وتبدو أهميته « بالنظر إلى حكم المادة ١٤ /مدني التي تجعل القانون المصري وحده هو الواجب التطبيق في الزواج والطلاق والتطليق والتفريق كلما كان أحد الزوجين مصرياً وقت إنعقاد الزواج فيما عدا شرط الأهلية في الزواج » (١) . ويبدو أن هذا هو الاعتبار الذي كان في ذهن الشارع حينما وضع نص الفقرة السابعة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات .

٣٤ - الثالث عشر : الاختصاص القائم على فكرة الخضوع الاختياري

أشرنا خلال دراستنا للمبادئ العامة في الاختصاص القضائي الدولي أن فكرة الخضوع الاختياري تعد ضابطاً للاختصاص الدولي للمحاكم في معظم دول العالم . وأوضحنا التفرقة بين أساس أعمال هذا المبدأ في المجال الدولي وبين أساسه التقليدي وفقاً للقواعد العامة في المرافعات الداخلية . ولأنهينا من كل ذلك إلى نتيجة هامة وهي أنه من المتعين أن يكون هناك ثمة ارتباط بين النزاع الذي خضع الخصوم فيه باختيارهم للمحاكم الوطنية وبين إقليم الدولة (٢) .

وقد نص المشرع على مبدأ الخضوع الاختياري كسبب من أسباب اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى في المادة ٣٢ من قانون المرافعات والتي تقضي بأنه « تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخله في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً » . وقد كانت المادة ٨٦٢ من قانون المرافعات القديم تنص بدورها على هذا المبدأ . ورغم ورود هذا النص الأخير في الباب الرابع من القانون الملغى

(١) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٥١ والطبعة السادسة ص ٦٨٥ .

(٢) راجع ما قبله رقم ١٨ .

والخاص بـ مواد الأحوال الشخصية . إلا أننا قد أكدنا في ذلك الوقت وجوب امتداد تطبيق النص الى مواد الأحوال العينية أيضاً لكونه يستجيب إلى قاعدة عامة لا تعد حكراً على مسائل الأحوال الشخصية دون غيرها (١) .

وقد أحسن المشرع المصري في القانون الجديد بعدم تفرقة بين مواد الأحوال العينية ومواد الأحوال الشخصية في شأن القواعد العامة في الاختصاص على نحو ما رأينا . فقد جاء نص المادة ٣٢ من قانون المرافعات متضمناً مبدأ الخضوع الاختياري كضابط لاختصاص المحاكم المصرية دون تفرقة بين مواد الأحوال العينية ومواد الأحوال الشخصية .

ولعل أهم ما يلاحظ على نص المادة ٣٢ أنه قد سوى بين الخضوع الاختياري الصريح والخضوع الضمني متلافاً بذلك النقد الجارح الذي وجهه

(١) راجع دروسنا في تنازع الاختصاص القضائي الدولي . السابق الإشارة إليها رقم ٢٦ - وقد انتهى جانب آخر من الفقه المصري الى نفس هذا الحل في ظل القانون القديم لا على أساس امتداد تطبيق نص المادة ٨٦٢ الى مواد الأحوال العينية ، ولكن لكون هذا النص « يكشف عن نية المشرع في التسليم بقاعدة الخضوع الاختياري كأساس عام للاختصاص الدولي للمحاكم المصرية » . راجع في ذلك الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٢٤ . وقد كان القضاء المختلط يأخذ بفكرة الخضوع الاختياري قبل صدور قانون المرافعات القديم (لسنة ١٩٤٩) ورغم ان المادتين ١٣ ، ١٤ من القانون المدني المختلط لم تنصا على امكان عقد الاختصاص للمحاكم المختلطة في ذلك الوقت على اساس الخضوع الاختياري . وبناء على ذلك قضى في مواد الأحوال العينية باعتبار رفع الدعوى من جانب المدعى دليلاً على قبوله لاختصاص المحاكم المصرية . راجع استئناف مختلط ٢٩ مايو ١٩٥١ مشاراً إليه في عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٢٥ . ومن ناحية أخرى حكم بأنه « اذا تمسك المدعى عليه بالدفع بعدم اختصاص المحاكم المصرية وجب على المحكمة أن تجيبه الى طلبه » ، مما مفاده - أخذنا بمفهوم المخالفة - انه إذا لم يتسكك المدعى عليه بالدفع فليس هناك ما يمنع المحكمة من السير في الدعوى على أساس ان سكوت المدعى عليه عن الدفع بعدم الاختصاص يفيد رضاه بالخضوع لولاية القضاء المصري . راجع استئناف مختلط ٤ يناير ١٩٣٩ مشاراً إليه في المرجع السابق ص ٥٢٥ هامش (٤) .

الفقه إلى المادة ٨٦٢ من القانون القديم (١) . فقد كان موذى عدم الاعتداد بالقبول الضمنى، أخذنا بنأهر النص ان يستطيع الخصم التمسك بالدفع بعدم الاختصاص بعد الترافع فى موضوع الدعوى ، بل وبعد ان تقطع المحكمة فيها « شوطا كبيرا يوصلها الى الحكم فى الدعوى ثم يفاجئها المدعى عليه بالدفع بعدم الاختصاص فيضيع وقتها سدى » (٢) .

أما وفقاً للحكم الوارد بالمادة ٣٢ من قانون المرافعات الجديد فان الخضوع الاختيارى يمكن ان يكون صريحاً ، كما يتصور أن يكون ضمنياً كما لو سكت المدعى عليه عن التمسك بعدم اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى وترافع فى الموضوع مباشرة .

ويشير البعض الى أن سكوت المدعى عليه عن الدفع بعدم الاختصاص لا يعنى فى جميع الأحوال رضاه بالخضوع لولاية القضاء الوطنى . اذ قد يكون سكوته عن الدفع بعدم الاختصاص وترافعه فى الموضوع مباشرة

(١) وتنص المادة ٨٦٢ من قانون المرافعات الملئى حل انه « يجوز للمحكمة المصرية ان تحكم فى الدعوى ولو لم تكن داخلة فى اختصاصها طبقاً للمواد السابقة اذا قبل المدعى عليه السير فيها صراحة » . وقد حاول جانب من الفقه المصرى فى ظل القانون القديم ان يجعل هذا الحكم استثناءً خاصاً بدماعى الأحوال الشخصية (الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٢٤) . والواقع انه من السير ان نعلم بهذا الحكم حق فى مجال الأحوال الشخصية لأنه من الغريب ان يستلزم الشارع ان يكون الخضوع الاختيارى للمحاكم المصرية صريحاً مادام أن الأصل هو التسوية بين القبول الصريح والقبول الضمنى . ويبدو ان الفقه السابق قد آمن بفرابة هذا الوضع حتى فى مراد الأحوال الشخصية فماد مقررأ - ويحق - بأنه من المتعين فى هذا المجال « ان تحمل عبارة (اذا قبل المدعى عليه السير فى الدعوى صراحة) على معنى اذا قبل المدعى عليه اختصاص المحاكم المصرية قبولاً قاطعاً لاشك فيه » راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٧٣ . وأنظر فى نقد موقف المشرع فى المادة ٨٦٢ من قانون المرافعات الملئى . دروسنا فى تنازع الاختصاص السابق الاشارة إليها ص ٥٨ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٧٣ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٧٣ .

راجع لرغبته مثلاً في تجنب الحجز على أمواله (١) . ولا شك ان ارادة المدعى عليه ليست حرة تماماً حينما يسكت عن الدفع بعدم الاختصاص في مثل هذا الفرض (٢) .

ولنفس هذه الاعتبارات فقد مضت الإشارة الى أنه لا يجوز للمحكمة ان تستخلص من تحديد المدعى عليه لمصر موطناً مختاراً له أى دلالة على قبوله للخضوع لولاية محاكمها، اذا كان هذا التحديد قد جاء في ظروف يستدل منها ان المدعى لم يرغب من ورائه سوى ان تكون مصر مكاناً مختاراً لإعلانه بالإخطارات المتعلقة بالتزاماته مع الغير، أو لمجرد اختيارها كمكان للوفاء بالمبالغ المستحقة له (٣) .

وبدسبى ان غياب المدعى عليه لا يمكن ان يحمل على أنه رضاه منه بالخضوع الاختيارى للقضاء الوطنى . وقد تبنى المشرع المصرى هذا الحل ، والذي يأخذ به كل من الفقه والقضاء فى فرنسا (٤) ، فنص فى المادة ٣٥ من قانون المرافعات على أنه « اذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة طبقاً للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها

(١) ويلاحظ ان المحاكم المصرية قد لا تختص بالدعوى رغم وجود مال المدعى عليه فيها ، اذ يعتمد لاختصاص المحاكم المصرية كما رأينا ان يكون المال الموجود فى مصر محلاً للإلتزام الذى أثير بشأنه النزاع .

(٢) وقد أخذ القضاء الفرنسى بهذا النظر فى مسألة قريبة وهى متى اعتمد بخضوع المدعى عليه للقضاء الأجنبى كتميز عن تنازله عن ولاية المحاكم الفرنسية . فقد اشترط القضاء لامكان استخلاص هذا التنازل ان يكون خضوع المدعى عليه للقضاء الأجنبى اختيارياً وليس نتيجة لظروف ملحة ترجع للضرورة أو للصفة العاجلة للنزاع . راجع فى عرض هذا القضاء Tallon فى رسالتها رقم ٢٦٠ ، ٢٧١ .

(٣) راجع ما قبله ص ٨٣ .

(٤) راجع رسالة H.G. Tallon السابق الإشارة إليها رقم ٢٦٤ .

من تلقاء نفسها » (١) .

يبقى لنا في النهاية ان نوكد ما مضت الإشارة إليه خلال دراستنا للمبادئ العامة من ضرورة ان يكون هناك ثمة إرتباط بين النزاع الذى خضع الخصوم فيه باختيارهم للمحاكم المصرية وبين الإقليم .

ولهذا نرى أن من حق المحكمة ان تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها اذا تبين ان النزاع لا يرتبط باقليم الدولة على أى وجه كان ، تطبيقاً لمبدأ قوة النفاذ ، وتلافياً للإنصياح وراء أهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة (٢) .

(١) والمقابلة المادة ٨٦٧ من قانون المرافعات الملقى .

(٢) راجع ما قبله رقم ١٨ وأنظر رسالة Bauer السابق الإشارة إليها رقم ١٧٨ .
حقاً ان صياغة المادة ٨٦٧ من قانون المرافعات القديم كانت تؤيد وجهة النظر التى نقول بها على وجه واضح لا شبهة فيه ، فقد جاء نصها على انه « يجوز للمحاكم المصرية ان تحكم فى الدعوى ولو لم تكن داخله فى اختصاصها . . . الخ » ، مما مفاده ان قبول الخضوع الاختيارى للمحاكم المصرية هى مسألة جوازية متركبة لتقدير المحكمة . ولهذا قررنا فى ظل القانون القديم انه لا يعقل ان يترك تقدير هذه المسألة لتحكم القضاء ، واتما الأقرب الى المنطق هو ان يحمل هذا النص على المعنى الذى نوردناه فيكون للقاضى بناء على ذلك ان يحكم بعدم اختصاصه رغم خضوع الخصوم باختيارهم لولاية القضاء المصرى اذا تبين له ان النزاع لا يرتبط بالدولة بأى وجه من الوجوه . راجع دروسنا فى تنازع الاختصاص . السابق الإشارة إليها ص ٦٠ . وقد يقال ان وجهة النظر التى قلنا بها فى ظل القانون القديم لم تعد سائفة بعد صدور قانون المرافعات الجديد . فقد رأينا ان المادة ٣٢ من هذا القانون والمتعلقة بالخضوع الاختيارى تنص على انه « تختص محاكم الجمهورية بالفصل فى الدعوى ولو لم تكن داخله فى اختصاصها . . . الخ » . فكان نص المادة ٣٢ لم يترك للقضاء تقدير معنى اختصاصه بنظر الدعوى مادام أن الخصوم قد اتفقوا على الخضوع لولايته . ومع ذلك فنحن نعتقد ان من حق القاضى ان يتخلى عن نظر الدعوى فى حالة علم ارتباطها بالاقليم للأشباب التى أوضحناها فى المتن . أما من صياغة المادة ٣٢ من قانسون المرافعات الجديد فهى لا تنهض وحدها سبباً كافياً لإصدار سلطة القاضى فى تقدير معنى اختصاصه بالدعوى فى حالة الخضوع الاختيارى . ولا أدل على ذلك من اتفاق الفقه الراجح فى ظل القانون القديم على تأكيد عدم اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المتعلقة بمقار واقع فى الخارج ولو كان -

وغنى عن البيان انه يتعين على المحكمة ان تقضى بعدم اختصاصها اذا تعلق الدعوى بمقار كائن في دولة أجنبية، رغم خضوع الخصوم اختياريًا لولايتها، وحتى لو كانت هناك ثمة رابطة بين النزاع وبين الإقليم . ويرجع هذا الحل الى نفس الإعتبارات التي أشرنا إليها عند دراسة حدود الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية القائم على توطن المدعى عليه في مصر (١) .

٣٥ - الرابع عشر: الاختصاص بالاجراءات الوقتية والتحفظية واجراءات التنفيذ الجبرى

مضت الإشارة الى ان اختصاص محاكم الدولة بالاجراءات الوقتية والتحفظية - رغم عدم اختصاصها بالدعوى الأصلية - يعد من المبادئ المعترف بها في مختلف دول العالم . فهو مبدأ تقتضيه العدالة وحماية الحقوق والأموال المتنازع عليها ، وكلها اعتبارات تمس الأمن والسكينة في الإقليم .

وقد استجاب المشرع المصرى لهذا المبدأ فنص في المادة ٣٤ من قانون المرافعات الجديد على أنه « تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالاجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية » .

= المدعى عليه متوطنا في مصر ، رغم عدم وجود نص صريح يقضى بهذا المعنى . بل على العكس فقد كان مفاد ظاهر النصوص هو اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى مادام ان المدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر بصرف النظر عن مدى تعلق النزاع بمقار كائن في الخارج من عدمه . راجع دروسنا في تنازع الاختصاص السابق الإشارة إليها ص ٤٦ وما بعدها . ومهما كان الأمر فقد كنا نأمل ان يؤكد المشرع حق القضاء في التخلل عن الدعوى في حالة عدم ارتباطها بالاقليم ولو اتفق الخصوم على الخضوع لولايته ، وهو المعنى الذي أكدته المادة ١٥ من مشروع اتفاقية الخضوع الاختياري التي أقرها الحاضرون في الدورة العاشرة من مؤتمر لاهي سنة ١٩٦٤ . راجع نصوص المشروع منشورة في Rev. crit ١٩٦٤ ص ٨٢٩ .

(١) راجع ما قبله ص ٨٦ وما بعدها وأنظر الاتجاه الفرنسى المائل في رسالة Tallon رقم ٣٤٢ .

والنص السابق منقول عن المادة ٨٦٣ من قانون المرافعات القديم . ورغم ان هذا النص الأخير كان وارداً في الباب الرابع الخاص بمواد الأحوال الشخصية ، إلا أننا قد اعتبرناه في ذلك الوقت تعبيراً عن مبدأ عام واجب الإتياع حتى في مواد الأحوال العينية ، وهو ما أيده المشرع في القانون الجديد (١) .

وتختص المحاكم المصرية بناء على نص المادة ٣٤ بطلب وضع الاختتام والحراسة، وبيع ما يخشى عليه من التلف، وغير ذلك من التدابير المقصود بها المحافظة على الحقوق مثل تقرير النفقة الوقتية للزوجة أو للأقارب أو للمصاب في دعوى التعويض الناشئة من الفعل الضار (٢) .

ولذا كان نص المادة ٣٤ قد أكد اختصاص المحاكم المصرية بالتدابير الوقتية والتحفظية التي تنفذ في مصر حتى ولو لم تكن هذه المحاكم مختصة بالفصل في الدعوى الأصلية ، فان النص السابق ينطبق من باب أولى فيما لو كانت الدعوى الأصلية داخلة في اختصاص القضاء المصري . اذ يمكن القول في هذه الحالة ان الإجراء الوقفي المطلوب إتخاذهُ هو تمهيد للدعوى المزمع رفعها أمام القضاء المصري ان لم تكن قد رفعت أو أنه طلباً عارضاً في هذه الدعوى ان كانت قد رفعت بالفعل (٣) .

وكما تختص المحاكم المصرية بالإجراءات الوقتية والتحفظية ، فإنها تختص أيضاً - ولذات الحكمة - بإجراءات التنفيذ الجبري المراد إتخاذها في مصر .

(١) راجع دروسنا في تنازع الاختصاص القضائي الدولي رقم ٢٧ وراجع الحل للمائل في فرنسا Batiffol الطول رقم ٦٩٨ و Bauer رقم ١٠٩ .

(٢) راجع الدكتور محمد كمال فهمي ، المرجع السابق رقم ٤٩٧ .

(٣) راجع في هذا المعنى الدكتور عز الدين عبد الله ، الطبعة الثانية ص ١٧٥ والطبعة السادسة

ذلك ان اختصاص المحاكم المصرية في هذه الحالة هو أمر تقتضيه إعتبارات الملازمة والسكينة في الاقليم (١) .

ولذات الإعتبارات فقد آمن الفقه باختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى المبتدأة التي يرفعها من صدر حكم أجنبي لصالحه فيما لو رفض القضاء المصري تنفيذ الحكم في مصر ، وحتى ولو لم تكن المحاكم المصرية مختصة بالدعوى بناء على أى من الضوابط التي مضت الإشارة إليها (٢) .

٣٦- الخامس عشر : الاختصاص في حالة الارتباط وتعدد المدعى عليهم

١- الاختصاص في حالة الارتباط

مضت الإشارة إلى ان معظم دول العالم تسلم باختصاص محاكمها بالدعوى المرتبطة بالدعوى الأصلية المرفوعة أمامها ، ولو لم تكن الدعوى المرتبطة بما يدخل في ولايتها أصلاً (٣) .

وقد إستجاب المشرع المصري بدوره إلى هذا المبدأ فنص في المادة ٣٣ من قانون المرافعات الجديد على أنه « اذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلية في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في . . . كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضى حسن سير العدالة ان ينظر معها » .

والنص السابق منقول عن المادة ٨٦٤ من القانون القديم . ورغم ان النص الأخير كان وارداً بالبواب الرابع الخاص بمواد الأحوال الشخصية ، إلا

(١) راجع Batiffol المطول ص ٧٧٦ والدكتور عز الدين عبد الله الطبعة السادسة ص ٧٢٢ ، ٧٢٣ .

(٢) راجع الدكتور محمد كمال فهمي ص ٥٣٤ .

(٣) راجع ما قبله رقم ٢٠ .

أننا لم نتردد في تأكيد اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المرتبطة في ذلك الوقت دون تفرقة بين مواد الأحوال الشخصية ومواد الأحوال العينية (١). فاختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المرتبطة يستجيب الى مبدأ عام . ويرجع هذا الحل إلى إعتبارات حسن سير العدالة ومنع تضارب الأحكام ، وكلها أمور يجب ان تكون محلا للاعتبار بصرف النثر عن نوع الدعوى . ولهذا فقد آمن الفقه المصرى بهذه القاعدة (٢) ، كما أكدها كل من الفقه والقضاء في فرنسا (٣) .

ويقوم الارتباط على أساس وحدة موضوع الدعوى أو سببها أو أطرافها. بل وقد يقوم الارتباط - وفقاً لما إستقر عليه فقه المرافعات - في غير هذه الأحوال ، كما لو كان بين الدعويين صلة وثيقة تجعل من حسن سير العدالة الحكم فيها معاً (٤) . وهى بعد مسألة موضوعية تخضع - حسباً لتواتر عليه القضاء في كل من فرنسا ومصر - لطلق تقدير محكمة الموضوع (٥) .

وغنى عن البيان انه اذا كانت المحاكم المصرية تختص بالدعوى المرتبطة ولو لم تكن داخلية في إختصاصها أصلاً فانه يرد على هذا المبدأ إستثناء هام .

(١) راجع دروسنا في تنازع الاختصاص القضائى الدولى . رقم ٢٩ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٢١ والطبعة السادسة رقم ١٩٤ والدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٤٨ .

(٣) راجع Niboyet المطول ج ٦ رقم ١٨٤٣ و Batiffol رقم ٧٠١ .

(٤) راجع Morel المرجع السابق رقم ٢٨٣ والدكتور جميل الشرقاوى . السابق ص ١٤٩ . والدكتور أحمد أبو الوفا . نظرية التفريع في قانون المرافعات . الاسكندرية ١٩٥٤ ص ٩٧ وما بعدها .

(٥) نقض فرنسى ٨ ديسمبر ١٩٣٨ مشار إليه في Morel السابق ص ٢٤٣ ونقض مصرى ٧ يوليو ١٩٦٤ منشور بمجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية الصادرة من المكتب الفنى لهيئة النقض س ١٥ قاعدة ١٤٣ ص ٩٤٧ .

فلا يجوز للمحاكم المصرية ان تنتظر في الدعاوى المتعلقة بعقار كائن في الخارج ولو كانت مرتبطة بدعوى أصلية مما يدخل في إختصاصها أصلاً .

ونذكر في النهاية بما مضت الإشارة إليه أثناء دراستنا للمبادئ العامة من أنه اذا كان الارتباط يجلب الإختصاص للمحاكم الدولة بدعوى لم تكن تدخل في ولايتها أصلاً ، فان غالبية الدول ترفض - على العكس - ان يكون الارتباط سبباً في سلب إختصاص المحاكم الوطنية (١) .

وتطبيقاً لنفس هذه الأفكار يرى الفقه المصرى في مجموعه أنه لا يجوز للمحاكم المصرية قبول الدفع بحالة الدعوى الى محكمة أجنبية على أساس ارتباطها بتزاع أصلى قائم أمام هذه الأخيرة مادام أن الدعوى المرتبطة تخضع لولاية القضاء المصرى وفقاً لضوابط من ضوابط الإختصاص الدولى المنصوص عليها في قانون المرافعات (٢) . فاعمال الدفع بالارتباط في هذه الحالة « يفترض وجود سلطة عليا فوق سلطة الدولة تتولى توزيع ولاية القضاء بين محاكم الدول المختلفة ، كما أن القول بوجود تلافى التعارض بين الأحكام - وهو العلة في مبدأ امتداد ولاية المحكمة إلى الدعاوى المرتبطة - لا محل له هنا لأن الحكم الأجنبى لا يكون قابلاً للتنفيذ في مصر متى كان متعارضاً مع حكم صادر من المحاكم المصرية » (٣) .

ونحن نرى مع ذلك أنه ليس هناك ما يمنع المحاكم المصرية من قبول الدفع بالاحالة للارتباط اذا تبين لها ان المحكمة الأجنبية التى تنتظر في الدعوى

(١) راجع Niboyet المطول ج ٦ ص ٤٦٥ .

(٢) الدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٤٨ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص

٥٢١ ، ٥٢٢ والطبعة السادسة ص ٧٢٨ ، ٧٢٩ .

(٣) الدكتور محمد كمال فهمى . المرجع السابق .

الأصلية أكثر قدرة على الفصل في الدعوى المرتبطة وأقدر من غيرها على كفالة آثار الحكم الصادر في شأنها .

ويعد ذلك تطبيقاً موسعاً للمبادئ العامة في الاختصاص الداخلي نهدف به الى تجنب التناقض بين الأحكام (١) . حقاً ان تجنب هذا التناقض هو أمر مكفول دائماً في مصر . لأن القضاء لن يسمح بتنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع حكم صادر عن المحاكم المصرية على نحو ما سنرى فيما بعد . ومع ذلك فان هذا الوضع لا ينفى وجود التعارض الفعلي بين الحكيم على وجه قد لا يستقيم مع الإستقرار اللازم للمعاملات الدولية .

ومن جهة أخرى فاذا كان الحكم الصادر عن المحاكم المصرية في الدعوى المرتبطة واجب التنفيذ في الدولة التي تختص بحاكمها بنظر الدعوى الأصلية ، كما لو كانت أموال المدعى عليه كائنة فيها ، ففي هذه الحالة فان السدولة الأجنبية سوف ترفض بالمثل تنفيذ الحكم المصري ان كان متعارضاً مع الحكم الصادر من محاكمها . وتبدو في هذا الفرض فائدة الحل الذي نقول به حيث كان من الأوفق ان يقبل القضاء المصري الدفع باحالة الدعوى المرتبطة الى المحكمة الأجنبية المختصة بنظر الدعوى الأصلية مادامت هذه الأخيرة أقدر على كفالة آثار الحكم الصادر عنها بدلا من اصدار حكم وطني يعلم مقدما أنه لن يلقى حظه من التنفيذ الفعلي ، وهو الأمر الذي يتعارض في النهاية مع مبدأ قوة النفاذ .

ولنفس هذه الأسباب فنحن لا نجيز للمحاكم المصرية قبول الدفع بالإرتباط في الأحوال السابقة فقط ، بل نخول لها فوق ذلك حق إحالة

(١) راجع المادة ١٠٨ من قانون المرافعات الجديد .

الخصوم من تلقاء نفسها إلى المحكمة الأجنبية التي تنظر في الدعوى الأصلية ما دام أنه قد تبين أنها قادرة على كفالة آثار الحكم الذي سيصدر عنها .

وليس في الحل الذي إنتهينا إليه أى غرابة . فالقضاء الانجليزي مثلا لم يكتف بتأكيد الاتجاه السالف ، بل انه أجاز التخلي عن الدعوى في جميع الأحوال - ولو لم تكن مرتبطة بتزاع قائم في الخارج - اذا تبين له ان المحاكم الأجنبية أقدر على الفصل في التزاع وكفالة آثار الحكم الصادر في شأنه (١) .

ب - الاختصاص في حالة تعدد المدعى عليهم

حرص المشرع في الفقرة التاسعة من المادة ٣٠ على إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المقامة على المدعى عليهم المتعدين ما دام أن لأحدهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية (٢) .

ويعد هذا المبدأ ترديدا للقواعد العامة في الاختصاص المحلي (٣) . والواقع ان الاختصاص القائم على فكرة تعدد المدعى عليهم ليس في حقيقته سوى صورة من صور الإرتباط المنصوص عليها بالمادة ٣٣ من قانون المرافعات .

ولهذا السبب يشترط الفقه لانعقاد اختصاص المحاكم المصرية في هذه الحالة ان يكون هناك ثمة إرتباط بين الطلبات الموجهة الى المدعى عليهم ، أى ان يكون موضوعها واحدا كما هو الشأن بالنسبة للدعوى المرفوعة على المسؤولين عن فعل ضار أو على مدينين بدين واحد . ومتى تحقق هذا

(١) راجع Gutteridge في بحثه السابق الاشارة اليه ص ١٦٢ وما بعدها .

(٢) والنص مأخوذ من الفقرة الرابعة من المادة ٣ من قانون المرافعات القديم .

(٣) راجع المادة ٢/٤٩ من قانون المرافعات الجديد والمادة ٢/٥٥ من القانون القديم .

الشرط فلا يهم بعد ذلك أن يكون هناك وحدة في السبب الذى تستند عليه هذه الطلبات (١) .

ومن ناحية أخرى يشترط الفقه ان يكون المدعى عليه المتوطن أو المقيم في مصر قد اختصم أمام المحاكم المصرية بصفة أصلية حتى يمكن إختصاص غيره من المدعى عليهم أمامها بناء على المادة ٣٣ من قانون المرافعات الجديد والمقابلة للفقرة الرابعة من المادة ٣ من القانون القديم (٢) .

وهذه هي نفس النتيجة التى انتهى إليها فقه قانون المرافعات تفسيرا للمادة ٢/٥٥ من القانون القديم والمادة ٢/٤٩ من القانون الجديد . اذ يشترط عند إعمال هذه المادة ألا يكون المدعى عليه الذى رفعت الدعوى أمام محكمة موطنه قد اختصم بصفة إحتياطية كما لو كان مجرد ضامن أو كفيل . ففى هذه الحالة لا يجوز إختصاص غيره من المدعى عليهم أمام محكمة موطنه (٣) .

وبدسبى انه يتعين ان يكون المدعى عليه المتوطن أو المقيم في مصر قد اختصم اختصاصا حقيقيا وليس مجرد اختصاص صورى بغية استدراج باقى المدعى عليهم أمام المحاكم المصرية . (٤) اذ لا يمكن ان ترنب على ذلك إختصاص المحاكم المصرية بالنسبة للمدعى عليهم الآخرين طالما كان إختصاص

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥١٩ والطبعة السادسة ٧٢٥ والدكتور جميل الشرقاوى ص ١١٣ والدكتور أحمد أبو الوفا . التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات . المجلد الأول . الأسكتندرية ١٩٦٩ ص ١٨٩ .

(٢) راجع الدكتور محمد كمال فهمى ص ٤٩٦ والدكتور عز الدين عبد الله الطبعة السادسة ص ٧٢٥ .

(٣) راجع الدكتور جميل الشرقاوى . السابق . ص ١١٣ وأنظر بالنسبة للقانون الجديد . الدكتور أحمد أبو الوفا . التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ص ١٩٧ .

(٤) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥١٩ والطبعة السادسة ص ٧٢٥ والدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٤١ .

المدعى عليه المتوطن أو الساكن (المقيم) في مصر بقصد جلب الآخرين أمام محكمة لا تشملهم ولايتها » (١) .

ولا يشر اختصاص المحاكم المصرية القائم على فكرة تعدد المدعى عليهم أى صعوبة فيما لو كان أحدهم متوطن أو مقيم في مصر ، وإنما ثور الصعوبة اذا كانت المحاكم المصرية مختصة بناء على ضابط آخر من ضوابط الاختصاص الواردة في قانون المرافعات .

ويرى البعض أنه يشترط لاختصاص القضاء المصرى القائم على فكرة تعدد المدعى عليهم ان يكون « مبنى ثبوت الاختصاص للمحاكم المصرية هو وجود موطن أو سكن لأحد المدعى عليهم في مصر . فاذا اختصت المحاكم المصرية بالنسبة لأحد المدعى عليهم بناء على قاعدة أخرى فانه لا يمكن ان يترتب على ذلك اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة لسائر المدعى عليهم ولا يسلبهم هذا حقهم في الدفع بعدم اختصاص المحاكم المصرية » (٢) .

ونحن نعتقد مع البعض الآخر أنه لو كان القضاء المصرى مختصاً بالنسبة لأحد المدعى عليهم بناء على أحد الضوابط الأخرى المشار إليها في قانون المرافعات فليس هناك ما يمنع كقاعدة عامة من اختصاصه أيضاً بالنسبة لسائر المدعى عليهم .

فاذا كان المدعى عليهم أجنب ليس لأيهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية وكانت المحاكم المصرية مختصة مع ذلك بنظر الدعوى بناء على أحد الضوابط الأخرى المنصوص عليها في قانون المرافعات كما

(١) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٤٩٧ . وراجع الحل للمائل في الاختصاص الداخلي الدكتور جميل الشرقاوى ص ١١٣ . وبالنسبة للقانون الجديد : الدكتور أحمد أبو الوفا . المرجع السابق ص ١٩٧ وما بعدها .

(٢) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٤٩٦ وراجع الإتياء المائل في الاختصاص الداخلي (الحل) الدكتور جميل الشرقاوى ص ١١٣ هامش (١) وبالنسبة للقانون الجديد الدكتور أحمد أبو الوفا . السابق ص ١٩٨ .

لو كان العقد محل النزاع قد أبرم في مصر أو كانت الأموال المتنازع عليها موجودة فيها فإنه من العسير في هذه الحالة « تصور ان تكون المحاكم المصرية مختصة بالدعوى بالنسبة لأحد المدعى عليهم دون الباقيين ما دام تعدد المدعى عليهم يستلزم وحده موضوع الدعوى وما دامت ضوابط الاختصاص في هذه الحالة ضوابط موضوعية تشتق بالنظر إلى موضوع العلاقة القانونية أو إلى سببها » (١) . فقد مضت الإشارة إلى ان أساس الاختصاص القائم على تعدد المدعى عليهم هو فكرة الارتباط . وعلى ذلك فما دامت الدعوى المرفوعة على أحد المدعى عليهم بناء على أحد ضوابط الاختصاص المشار المشار إليها في قانون المرافعات مرتبطة بالدعوى الموجهة الى الآخرين ، فلم يعد هناك ما يمنع القضاء المصري من نظر هذه الدعوى الأخيرة على أساس إرباطها بالدعوى الأولى وفقاً للقواعد العامة (٢) .

ومع ذلك فلا يجوز للمحاكم المصرية ان تنظر في الدعوى المرفوعة ضد المدعى عليهم الذين لا يتوافر بالنسبة لهم سبب من أسباب الاختصاص المشار إليها في قانون المرافعات اذا كان اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المرفوعة ضد أحدهم قائم على مجرد الخضوع الاختياري . اذ لا يجوز بداهة ان ينسحب رضاه المدعى عليه بالخضوع لولاية المحاكم المصرية إلى باقى المدعى عليهم (٣) .

(١) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٢٠ والطبعة السادسة ص ٧٢٦ .
(٢) بل ويرى البعض أن عظام الجمهورية تختص بالدعوى أيضا اذا تعدد المدعى عليهم وكان أحدهم متنعاً بجنسية الجمهورية العربية المتحدة . راجع في ذلك الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة . ص ٧٢٦ . ويبدو أن أساس هذا الحل بدور هو أن تعدد المدعى عليهم لن يتصور الا في حالة الارتباط ، وهو ما يصلح في ذاته سبباً لإختصاص المحاكم المصرية بالدعوى على نحو ما رأينا من قبل . راجع ما قبله ص ١٣٣ وما بعده .
(٣) راجع H.G. Tallon في رسالتها ص ٢٤٧ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٢٦ والدكتور محمد كمال فهمي ص ٤٩٦ .

ونشير في النهاية إلى أنه لا يجوز في حالة تعدد المدعى عليهم أن تنظر المحاكم المصرية في الدعوى المرفوعة على أحدهم اذا كانت تتعلق بعقار كائن في دولة أجنبية (١) .

أما بالنسبة لما قرره كل من الفقه الفرنسي والمصري الغالب من كون مبدأ الاختصاص القائم على فكرة تعدد المدعى عليهم يطبق من جانب واحد . بمعنى أنه يصلح كأساس مجلب لإختصاص للمحاكم الوطنية ولا يجوز ان يكون سببا في سلب إختصاصها بالدعوى اذا ما توافر سبب من أسباب الاختصاص بها (٢) . فنحن نحيل في شأنه إلى ما سبق أن قررناه بالنسبة للدعوى المرتبطة بوجه عام . فليس هناك ما يمنع في تقديرنا من قبول الدفع باحالة الدعوى الى المحاكم الأجنبية للارتباط القائم على فكرة تعدد المدعى عليهم اذا كانت هذه المحاكم أقدر على تنفيذ الحكم وأكثر كفالة لآثاره .

٣٧ - السادس عشر : الاختصاص بالطلبات العارضة والمسائل الأولية أ - الاختصاص بالطلبات العارضة

متى كانت المحاكم المصرية مختصة بالتزاع المطروح أمامها، فهي تختص بالمثل بالفصل في جميع الطلبات العارضة التي تثار أمامها ولو لم تكن مما يدخل في ولايتها أصلا .

وقد أشارت المادة ٣٣ من قانون المرافعات الجديد الى هذا المعنى فنصت على أنه « اذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلية في إختصاصها تكون

(١) وأنظر في تأييد هذا الحل في مصر الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٦٢٧ .

(٢) راجع الدكتور محمد كمال فهمي ص ٤٩٧ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية

ص ٥٢١ والطبعة السادسة ص ٧٢٧ و Niboyet ج ٦ رقم ١٨٤٢ و Tallon رقم ٤٠٣ .

هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية

وقد كان قانون المرافعات القديم ينص على هذا المبدأ بالمادة ٨٦٤ الواردة بالباب الرابع الخاص بمواد الأحوال الشخصية . ومع ذلك فقد أكدنا في ظل القانون القديم ان إختصاص المحاكم المصرية بالطلبات العارضة يستجيب إلى مبدأ عام واجب التطبيق حتى في مواد الأحوال العينية (١) .

والمبدأ الوارد بالمادة ٣٣ من قانون المرافعات هو ترديد للقواعد العامة في الإختصاص المحلي، حيث تختص المحكمة بالطلبات العارضة من جانب المدعى أو المدعى عليه والمرتبطة بالدعوى المرفوعة أمامها (٢) . كذلك فانه من المبادئ المسلم بها في قانون المرافعات ان قاضى الدعوى هو قاض الدفع . ومعنى ذلك ان القاضى الذى يختص بالفصل في الدعوى المطروحة أمامه يختص في الوقت نفسه بنظر الدفع التى يثيرها المدعى عليه رداً على دعوى المدعى (٣) .

(١) راجع دروسنا في تنازع الإختصاص القضائى السابق الاشارة إليها ص ٧١ . ويلاحظ ان نص المادة ٨٦٤ من القانون القديم وان أشار صراحة الى الطلبات العارضة التى يثيرها المدعى عليه الا أنه لم يتضمن إختصاص المحاكم المصرية بالطلبات العارضة المقدمة من المدعى . ومع ذلك فقد أكد الفقه المصرى في ظل القانون القديم ان سكوت المشرع المصرى عن النص دلى هذه الحالة الأخيرة غير مقصود لأن المحكمة من النص متوافرة في الحالتين . راجع الدكتور حمز الدين عبد الله. الطبعة الثانية ص ٥٦٩ .

(٢) راجع *Cuche et Vincent Procédure civile* . المرجع السابق ص ٢٦٥ والدكتور جميل الشرقاوى ص ١٣١ وما بعدها . وراجع المادة ٦٠ من قانون المرافعات الجديد والمقابلة لمادة ٦٧ من القانون القديم .

(٣) راجع *Morel* المرجع السابق رقم ٢٧٣ والدكتور جميل الشرقاوى ص ١٣٥ .

ولا شك ان إختصاص المحاكم المصرية بالطلبات العارضة من جانب المدعى أو المدعى عليه، أو الدفع التي قد يثيرها هذا الأخير بمناسبة الدعوى الأصلية المطروحة أمامها، يقوم على نفس الأساس الذي يقوم عليه الإختصاص بالدعوى المرتبطة ، وهو تمكين القضاء من أداء وظيفته على الوجه الأكمل مراعاة لحسن سير العدالة ومنعاً لتضارب الأحكام (١) .

ب - الإختصاص بالمسائل الأولية

تختص المحاكم المصرية وفقاً للمادة ٣٣ من قانون المرافعات بالمسائل الأولية التي يتعين البت فيها أولاً حتى يمكن الفصل في موضوع النزاع ، حتى ولو لم تكن هذه المسائل مما يدخل في ولايتها أصلاً .

ومن أمثلة المسائل الأولية تحديد جنسية الخصم وموطنه حتى يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق في الدعوى، أو التأكد من مدى إختصاص المحكمة بنظر النزاع . ومن هذه المسائل أيضاً تصدى القاضي لتفسير قرار إداري أجنبي اذا كان ذلك أمراً لازماً لانه كان الفصل في الدعوى المرفوعة أمامه (٢) .

وإختصاص المحاكم المصرية بالمسائل الأولية يعد خروجاً عن المبدأ العام في الإختصاص الداخلي . حيث يشترط لإختصاص المحكمة بالمسألة الأولية ألا تكون هذه الأخيرة من إختصاص جهة قضائية أخرى مثل جهة القضاء الإداري ، إذ لو كانت كذلك لتعين على المحكمة التوقف عن نظر الدعوى ريثما تفصل الجهة القضائية المختصة في المسألة الأولية التي يتوقف

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٥٦٩ والطبعة السادسة ٧٢٩ و ٧٣٠ و Larebours - Pigeonnière et Loussouarn الموجز رقم ٤٠٠ .
(٢) راجع Bartin مبادئ القانون الدولي الخاص ج ١ رقم ١٤٤ وانظر أحكام القضاء الفرنسي في هذا المعنى مشارفاً إليها Batiffol الملوك رقم ٧٠١ .

عليها الحكم (١) .

وهذا الخروج عن القواعد العامة تقتضيه طبيعة العلاقات الدولية (٢) ،
« حيث يقتضى تمكين القضاء من أداء مهمته ألا يعلق الفصل في موضوع
التزاع الأصلي على ما يتقرر في شأن المسألة الأولية من محكمة أجنبية لانخضع
لنفس السيادة ولا تربطها بالحكمة المعروض أمامها التزاع الأصلي أى قواعد
خاصة بتوزيع الاختصاص » (٣) .

وإختصاص المحاكم المصرية على الأساس السابق يصدق بالنسبة لكافة
المسائل الأولية سواء تعلقت بالمواد المدنية أو التجارية أو الأحوال الشخصية
أو كانت من المسائل الإدارية .

وقد سبق للفقهاء المصريين ان استخلص المبدأ السالف في ظل القانون
القديم من نص المادة ٨٦٤ من هذا القانون ، رغم ان المادة المذكورة لم تشر
إلا الى اختصاص المحاكم المصرية بالمسائل الأولية المتعلقة بالأحوال
الشخصية . فقد اعتبر الفقهاء ان اشارة المشرع الى مسائل الأحوال الشخصية
لا تعنى إغفال غيرها ، لأن الأمر يتعلق بقاعدة عامة واجبة الإلتزام في
جميع الأحوال (٤) .

(١) راجع Guche et Vincent السابق رقم ٢٦٦ و Morel رقم ٢٧٤ والدكتور جميل
الشرقاوى ص ١٣٥ وأنظر المادة ١٢٩ من قانون المرافعات الجديد والمقابلة للمادة ٢٩٣ من
القانون القديم .

(٢) Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn الموجز رقم ٤٠٠ .

(٣) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٠١ .

(٤) راجع في هذا المعنى الدكتور عز الدين عبد الله الطيبة الثانية ص ٥٢٣ ودروستا في
تنازع الاختصاص السابق الإشارة إليها ص ٧٣ .

٣٨ - مدى جواز الدفع بإحالة الدعوى الى المحكمة الأجنبية المطروح أمامها ذات النزاع

L'excoption de Litispence

من المبادئ المعترف بها في فقه المرافعات أنه اذا رفع نزاع ما أمام محكمتين مختلفتين كلاهما تختص بالنظر فيه وفقاً لقواعد الاختصاص الداخلي، فانه يجوز الدفع بإحالة الدعوى التي رفعت متأخرة الى المحكمة التي رفعت اليها الدعوى أولاً منعا لتعدد الاجراءات وتناقض الأحكام . ويحدث ذلك عملاً في الأحوال التي يتوفى فيها رافع الدعوى دون أن يعلم وارثه بالدعوى المرفوعة من مورثه ، فيرفع بدوره دعوى أخرى أمام محكمة غير الأولى . اذ من المتصور دائماً اختصاص أكثر من محكمة بنزاع واحد كما هو الحال عند تعدد المدعى عليهم حيث تختص محكمة موطن كل منهم بنظر هسلا النزاع (١) .

ورغم حرص المشرع المصري على تأكيد هذه القاعدة بالنسبة للاختصاص الداخلي (٢)، الا أنه قد سكنت عن النص عليها في نطاق الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية .

(١) راجع الدكتور جميل الشرقاوي السابق ص ١٤٨ والدكتور محمد حامد فهمي ومزا الدين عبد الله - مذكرات في المرافعات المدنية والتجارية ١٩٥٤ - ١٩٥٥ وما بعدها و Morel السابق رقم ٣٠١ .

(٢) وفي ذلك تنص المادة ١١٢ من قانون المرافعات على أنه « اذا رفع النزاع ذاته إلى محكمتين وجب ابتداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيراً للحكم فيه وتلتزم المحكمة الحال إليها الدعوى بنظرها » .

وقد كانت المادة ١٣٧ من قانون المرافعات القديم تنص على أنه « اذا دفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام نفس النزاع أمامها كان على المحكمة أن تحيل هذا الدفع بمبدأ قريب إلى المحكمة التي رفع إليها النزاع أولاً للحكم في هذا الدفع على وجه السرعة وذلك ما لم يتبين من ظروف الدعوى أنه قصد به التأكيد » . والملاحظ ان نص المادة ١١٢ من القانون الجديد قد جعل الفصل في الدفع بالإحالة الموجهة إلى يقدم اليها وهي المحكمة التي يرفع إليها النزاع أخيراً تمجيلاً للفصل في الدفع .

ويبدو أن الفقه المصرى قد وجد أنه من العسير أن يفسر سكوت المشرع المصرى فى هذا المجال الأخير على أنه رضا بالأخذ بهذه القاعدة بالنسبة للاختصاص الدولى . فرغم أن معظم دول العالم تأخذ بهذه القاعدة بالنسبة للاختصاص الداخلى ، إلا أن القضاء قد جرى فى غالبية هذه الدول على رفض مبدأ الاحالة الى محكمة أجنبية بدعى أن النزاع قد رفع اليها ابتداء (١) .

ولهذا فقد استقر الفقه المصرى فى مجموعه على انكار مبدأ الاحالة فى نطاق الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية (٢) .

ويرجع الفقه الفرنسى هذا الوضع الى فكرة سيادة الدولة . اذ من غير المقبول أن تجبر الدولة على اخراج نزاع ما من اختصاص محاكمها لمجرد أن ثمة دعوى أخرى فى شأن نفس هذه النزاع قد رفعت أمام محاكم دولة أجنبية ، ما لم تلتزم الدولة بذلك بمقتضى المعاهدات الدولية (٣) . وتبدو لنا هنا مرة أخرى كيف تتأثر قواعد الاختصاص الدولى بفكرة سيادة الدولة وطبيعة المجتمع النولى .

وينتقد الفقه الفرنسى اخديث هذا الوضع غير المنطقى الذى يودى الى تناقض الأحكام الصادرة فى شأن نزاع واحد . فليس من المقبول أن ترفض محاكم الدولة ببساطة الدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية ، لأن فى ذلك تجاهل للقضاء الأجنبى دون مبرر (٤) .

(١) راجع Batiffol رقم ٧٠١ والدكتور فؤاد رياض - دروس غير مطبوعة فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى أقيمت على طلبة كلية حقوق القاهرة ١٩٥٧ - ١٩٥٨ ص ٥ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله ص ٥٣١ والدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٤٩ .

(٣) Niboyet المطول جزء ٦ ص ٤٦٦ .

(٤) Holleaux فى تعليقه على نقض فرنسى ٥ مايو ١٩٦٢ - Dalloz ١٩٦٢ ص ٧١٨ وما بعدها .

وقد تأثرت بعض الأحكام في فرنسا على ما يندرج هذا النقد الى حد ما .
وجاء في حيثياتها ما يفيد أنه لا يجوز للمدعى أن يرفع دعواه أمام القضاء
الفرنسي اذا كان قد سبق له رفع دعوى مماثلة أمام قضاء دولة أخرى (١) .
وعلى ذلك فلكي يمكن التمسك بالدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية
فانه يشترط وفقا لهذا الاتجاه أن يكون رافع الدعوى أمام المحاكم الفرنسية
هو المدعى في النزاع المطروح أمام القضاء الأجنبي وليس المدعى عليه .
ويبدو أن التفرقة التي يقيهما القضاء السابق بن حالة ما اذا كان المدعى في
الدعوى الأولى هو رافع الدعوى أمام المحاكم الفرنسية وبين حالة ما اذا كان
المدعى عليه هو رافع الدعوى أمام هذه المحاكم تقوم على أساس أن واقعة
رفع الدعوى أمام محاكم دولة أجنبية تفيد في ذاتها تنازل المدعى عن طرح
النزاع مرة ثانية أمام قضاء الدول الأخرى . أما المدعى عليه فلا يمكن

(١) راجع نقص فرنسي (الدائرة المدنية) ٢١ مايو ١٩٥٠ Rev. crit ١٩٥١ ص ٦٦٦
وحكم محكمة السين في ٥ مايو ١٩٥٩ Clunet ١٩٦٠ ص ١٦٦ - وجاء في حيثيات المحكمة
أن هذا الحكم ينطبق سواء كان المدعى فرنسيا أم أجنبيا ، وهو بذلك يعد خطوة هامة نحو تقرير
مبدأ عدم السلب بقيام النزاع أمام قضاء دولتين في نفس الوقت . إذ كان القضاء الفرنسي مستقرا
قبل ذلك على منع المدعى الفرنسي دون غيره من رفع دعواه في فرنسا اعمالا لحقه بمقتضى المادة
١٤ من القانون المدني اذا كان قد سبق له رفع نفس هذه الدعوى في الخارج . ويقوم هذا الحل
على أساس أن المادة ١٤ - والتي تنبج للفرنسي مقاضاة الأجنبي غير المتوطن في فرنسا أمام المحاكم
الفرنسية - تعد ميزة خاصة غولها القانون المدني الفرنسي الوطنيين غروجا عن المبادئ العامة
في الاختصاص وتأثرا بالأفكار الجديدة التي كانت ترى في مرفق القضاء امتيازاً للوطنيين . ومن
ثم فن التجهاء للمدعى الفرنسي الى محكمة موطن المدعى عليه الأجنبي وفقاً للقواعد العامة ما يفيد تنازله
عن الميزة المقررة له بمقتضى المادة ١٤ . فهذا الحل يرجع الى فكرة التنازل الضمني عن الحكم
الوارد بالمادة ١٤ ولا علاقة له بمبدأ منع قيام الدعوى أمام محكمتين مختلفتين . ولهذا اعتبر الفقه
حكم محكمة السين السابق الإشارة اليه - وبمنحه للمدعى الأجنبي الذي رفع دعواه في الخارج من
اعادة طرح النزاع أمام المحاكم الفرنسية أسوة بما انتهى اليه القضاء السابق بالنسبة للمدعى الفرنسي -
انه خطوة هامة نحو تقرير المبدأ الموضح في المتن . راجع Tallon في رسالتها رقم ٤٠٧ و Bauer
في رسالته رقم ٢٠٠ .

افراض تنازله عن رفع دعوى مماثلة فى دولة أخرى لأنه ما كان يستطيع ان يدفع بعدم اختصاص المحكمة التى رفع اليها النزاع ابتداء ما دامت هذه الأخيرة مختصة فعلا بنظر الدعوى .

وإذا تمسنا مع هذا المنطق فيمكن القول بأنه لو كان المدعى عليه قد قبل مختاراً الخضوع لولاية المحكمة التى رفع اليها النزاع ابتداء فانه لا يجوز له بالمثل أن يرفع دعوى مماثلة أمام قضاء دولة أخرى . ويحدث ذلك فى حالة اتفاقه مع المدعى صراحة على الخضوع لقضاء الدولة الأولى ، أو اذا سكت عن الدفع بعدم الاختصاص ان كان قضاء هذه الدولة غير مختص أصلاً بالنزاع (١) .

ولعل هذا هو ما حدا بجانب من الفقه الفرنسى الى القول بأنه لو كان القضاء لا يسمح كبداً بالدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية فانه يجب السماح على الأقل بابتداء هذا الدفع فى الأحوال التى تكون محاكم السدولة الأجنبية التى رفع اليها النزاع ابتداء قد اختصت به على أساس مبدأ الخضوع الاختيارى . اذ من غير المقبول فى نظر هذا الرأى أن يخل الخصم باتفاقه السابق مع خصمه الآخر ويقوم بطرح النزاع القائم بينهما أمام محكمة دولة أخرى غير تلك التى اتفقا على الخضوع لولايتها (٢) .

ونحن لا نتفق مع هذا الرأى ، ونرى أن قبول الدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية يجب أن يستجيب الى مبدأ عام أساسه تحقيق حسن سير العدالة وتجنب تعارض الأحكام (٣) ، وهى اعتبارات تسمو على مجرد

(١) ويرجع جانب من الفقه هذا الوضع الى ما أسماه بـ « المقد القضاء » الذى ينمق بين كل من المدعى والمدعى عليه ويلزم كل منهما بالانصياع الى حكم المحكمة التى طرح النزاع أمامها - راجع Batiffol المطول رقم ٧٠١ .

(٢) Tallon السابق رقم ٤٠٨ .

(٣) Arminjon موجز القانون الدول الخامس جزء ٣ رقم ٢٣٥ .

احترام الاتفاق السابق بين الخصوم ، خاصة وقد سبق أن بينا ان الخضوع الاختياري للقضاء الأجنبي لا يصلح في ذاته - كبداً عام - سبباً في سلب اختصاص المحاكم الوطنية (١) .

ولعل في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٥ مايو ١٩٦٢ ما يجدد الأمل في استمرار تطور القضاء الفرنسي نحو اعتراف أشمل بمبدأ عدم جواز قيام الدعوى أمام أكثر من محكمة في النطاق الدولي . فقد جاء في الحكم أنه « لا يجوز للمحكمة قبول الدفع بقيام نفس النزاع أمام محكمة أجنبية إذا كان القضاء الفرنسي هو الذي رفعت اليه دعوى الطلاق أولاً » (٢) .

وقد استخلص الفقه الفرنسي من هذا الحكم - أخذاً بمفهوم المخالفة - أن المحكمة العليا الفرنسية تتجه نحو قبول الدفع إذا كانت المحاكم الأجنبية هي التي رفعت إليها الدعوى أولاً (٣) ، وهو ما يتماشى مع المبادئ العامة في الاختصاص المحلي .

(١) وسرى فيما بعد أنه إذا رفع أحد الخصوم دعوى على خصمه أمام المحاكم المصرية مثلاً وكان النزاع ما يدخل في ولاية هذه المحاكم بناء على أحد ضوابط الإختصاص المنصوص عليها في قانون المرافعات ، فليس للمدعى عليه أن يرفع بوجود إتفاق سابق بينه وبين المدعى التزاماً بمقتضاء بالخضوع لولاية قضاء أجنبي . إذ لا يجوز الاحتجاج بمثل هذا الإتفاق أمام القضاء الوطني لمخالفته للنظام العام في مصر . راجع ما بيده . وأساس ذلك أن إعتبارات الأمن والسكينة في الدولة تقتضي فض النزاع القائم بين الخصوم مادامت محاكم الدولة مختصة بهذا النزاع ، وهي إعتبارات تسمح على واقعه الإتفاق السابق على الخضوع لولاية قضاء دولة أخرى . أما إذا كان الخصوم قد رفعوا دعواهم بالفعل أمام محاكم دولة أجنبية فإن الأمر يختلف . ذلك أن واقعه طرح النزاع أمام محاكم دولة أخرى تقيدها ذاتها أن هذه المحاكم على وشك أن تضع نهاية للنزاع القائم بين الخصوم ، ومن ثم فلم يعد هناك خشية في غالبية الأحيان من استمرار النزاع التسام بينهم ، وهي النتيجة التي تهم الأمن والسكينة في الإقليم . وتبدو أهمية هذا الحل في الفروض التي تكون المحكمة الأجنبية المطروح أمامها النزاع أكثر قدرة على الفصل فيه وكفالة آثار الحكم الصادر في شأنه على نحو ما سرى (راجع المتن) .

(٢) فقض فرنسي ٥ مايو ١٩٦٢ Dalloz ١٩٦٢ ص ٧١٧ مع تعليق Holleaux .

(٣) Bauer في رسالته رة ١٩٩ .

ونحن لا ننكر على الحكم السابق أهميته كخطوة نحو الاعتراف بمبدأ عدم جواز قيام الدعوى أمام أكثر من محكمة ، الا أننا نعتقد مع ذلك ان القانون الوضعى فى فرنسا لا يزال بعيدا عن الاعتراف الشامل بهذا المبدأ . فن ناحية يلاحظ أن الحكم السابق كان فى حقيقة الأمر حكما برفض الدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية . فالنتيجة التى انتهى إليها الفقه قد استخلصت من الحكم أخذا بمفهوم المخالفة . وعلى ذلك فإن صرح القول بأن المحكمة تتجه نحو الاعتراف بالمبدأ ، الا أنه من العسير أن نقرر — على العكس — أنها قد طبقت بالفعل ، ولعلها ستفعل ذلك اذا أتيحت لها فرصة مستقبلية .

ومن جهة أخرى فإن المبدأ الذى قرره الحكم كان بمناسبة دعوى طلاق وهو ما يقلل من أهميته بوصفه تعبيرا عن مبدأ عام . اذ من المحتمل أن تكون محكمة النقض الفرنسية قد تأثرت فى ذلك برأى بعض الشراح الفرنسيين الذين يحددون مجال قبول الدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية بدعوى الحالة والأهلية فقط . وهم يستندون فى ذلك الى أن القضاء الفرنسى قد استقر على الاعتراف بآثار الحكم الصادر عن القضاء الأجنبى فى مثل هذه الدعاوى بقوة القانون ودون حاجة لاصدار أمر بالتنفيذ (١) .

وعلى ذلك فمن العسير أن نستخلص من حكمة محكمة النقض السابق اعترافها الشامل والأكيد بمبدأ عدم جواز قيام الدعوى أمام أكثر من محكمة فى جميع الأحوال . واذا كانت غالبية الفقه الفرنسى الحديث تأمل أن يتطور قضاء محكمة النقض بصفة قاطعة نحو الأخذ بالمبدأ السالف ، فإن هذا الأمل لا يزال فى اعتقادنا بعيدا عن حقيقة الوضع الراهن للقانون الوضعى . ويرجع ذلك

(١) راجع فى هذا الاتجاه Batiffol المطول رقم ٧٧١ و Bauer فى رسالته ص ١٨٣ .

الى عدم وجود سلطة عليا تنظم الاختصاص الدولى لمحاكم الدول المختلفة (١). ولعله من الخير - والحال كذلك - أن تعمل الدول على إبرام المعاهدات الدولية التى تلتزم بمقتضاها الأطراف المتعاقدة بالأخذ بقاعدة عدم جواز قيام الدعوى أمام محاكم أكثر من دولة (٢) .

ومع ذلك - وحتى إذا لم يكن هناك أى تنظيم دولى لهذه المشكلة - فنحن نعتقد أنه من المتعين وضع معيار يوفق بين الاتجاه المثالى وما يستلزمه من ضرورة قبول الدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية منعا لتضارب الأحكام ، وبين الاعتبارات القائمة على فكرة سيادة الدولة وحققها الأصل فى وضع قواعد اختصاص محاكمها دون اعتداد بقواعد الاختصاص الدولى لمحاكم الدول الأخرى .

حقاً أن الفقه التقليدى قد لاحظ أن رفض الدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية لا يؤدى الى تناقض الأحكام فى الدولة نظراً لأن قضاءها الوطنى سوف يرفض تنفيذ الحكم الأجنبى مادام أنه يتعارض مع حكم آخر صادر من المحاكم الوطنية (٣) . ومع ذلك فيجب ألا يغيب عن البال أن هذا القول لا يبنى حقيقة وجود التناقض الفعلى بين الحكيم على وجه قد يتعارض مع الاستقرار اللازم فى المعاملات الدولية .

ومهما كان الأمر فنعندنا أن التوفيق بين اعتبارات السيادة وبين محاولة تلافي التناقض بين الأحكام فى العلاقات الدولية يجب أن يكون قائماً على مبدأ « قوة النفاذ » السابق الإشارة اليه ، والذى يعد الأساس الفعلى والواقعى لقواعد الاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية .

(١) Lerebours-Pigronnière et Loussouarn للجزء ص ٣٩٩ .

(٢) من ذلك المعاهدة المبرمة بين فرنسا وسويسرا سنة ١٨٦٩ وبين فرنسا وبلجيكا سنة

١٨٩٩ وفرنسا وإيطاليا سنة ١٩٣٠ - راجع Batiffol ص ٧٨١ .

(٣) Valéry السابق رقم ٥١٥ والدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٤٩ .

فاذا كانت المحاكم الوطنية تملك القدرة الفعلية على الفصل في النزاع الذى تختص بنظره وكفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه، فليس هناك ضرر من رفضها للدفع بقيام ذات النزاع أمام محاكم دولة أخرى اعمالاً لمبدأ سيادة الدولة وحققها الأصل فى تنظيم اختصاص محاكمها بالمنازعات التى تثور أمامها دون اعتداد بقواعد الاختصاص الدولى للمحاكم الأجنبية .

أما اذا كانت محاكم الدولة الأجنبية هى الأقدر على الفصل فى الدعوى وكفالة آثار الحكم الصادر فى شأنها - كما لو كانت أموال المدين المدعى عليه كائنة فيها - فلم يعد هناك مبرر للإصرار على رفض الدفع بقيام ذات النزاع أمام قضاء هذه الدولة . إذ أن الحكم الصادر عن القضاء الوطنى فى هذه الحالة سوف يكون معلوم القيمة الفعلية ، لأن المحاكم الأجنبية سوف ترفض تنفيذه مادام أنه يتعارض مع الحكم الصادر عنها فى شأن نفس النزاع . ولهذا فنحن نميل الى قبول الدفع بقيام ذات النزاع أمام قضاء دولة أجنبية اذا كانت محاكم هذه الدولة أقدر على الفصل فى النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه (١) .

فى هذه الحالة يتعين على المحاكم الوطنية فى تقديرنا قبول الدفع ، بل ولها - فوق ذلك - أن تقضى بإحالة الخصوم الى المحكمة الأجنبية من تلقاء نفسها (٢) .

(١) ولعل ذلك هو الذى دفع البعض الى القول - ويحق - أنه لا يجوز قبول الدفع بقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية إلا فى الأحوال التى يكون فيها القضاء الأجنبى أكثر قدرة حل الفصل فى الدعوى - راجع Pillet ملوك القانون الدولى الخاص . الجزء الثانى رقم ٦٤٥ وأنظر Bauer فى رساله ص ١٨٣ .

(٢) راجع فى حق القضاء الوطنى فى إحالة الخصوم الى المحاكم الأجنبية لقيام ذات النزاع راسمها Arminjon الجزء الثالث رقم ٢٣٤ وما بعده .

ولا يصح الرد على ذلك بالقول بأن تخلى المحكمة عن اختصاصها بالتزاع هو أمر يتعارض مع الصفة الآمرة لقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية . ذلك لأنه لو كان صحيحا أن قواعد الاختصاص الدولي تتعلق بالنظام العام ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها إلا أن الحل الذى نقول به يحد هو الآخر أساسه فى فكرة النظام العام ذاتها . إذ أن تصدى المحاكم الوطنية لتزاع تعرف مقدما أن حكمها فى شأنه ليس له أية قيمة فعلية ، هو أمر يمس فاعلية القضاء الوطنى وهيبته ، ويتعارض بالتالى مع اعتبارات النظام العام .

ويبدو أن القضاء المصرى المختلط قد أحسن فهم هذه الحقيقة . فقد حكمت محكمة الاسكندرية المختلطة بإحالة النزاع المطروح أمامها من تلقاء نفسها الى المحكمة الأجنبية التى رفعت اليها نفس الدعوى . وبررت المحكمة حكمها السالف بكون مقتضيات النظام العام تحتم الأخذ بهذا الحل منعا لتضارب الأحكام (١) .

ولا اعتبارات مشابهة حكم القضاء الانجليزى بجواز التخلي عن الدعوى - رغم اختصاصه بها - وإحالة الخصوم الى المحكمة الأجنبية التى يتبين له أنها أقدر على الفصل فى النزاع لقربها من الأدلة مثلا ، حتى لو لم تكن الدعوى قد رفعت اليها . ويرجع الفقه الانجلو سكسونى الحل السابق الى كون التجاء المدعى الى المحاكم الانجليزية فى هذا الفرض يتضمن تعسفا فى استعمال حقه

١٩٢٢



(١) راجع حكم محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٩ يناير ١٩٢٢

ص ١٠٤٣ ومشار اليه فى Arminjon السابق ص ٢٤٤ هامش (١)

في رفع الدعوى (١) .

ومع إيماننا بأن القضاء الانجليزي قد غالى في الأخذ بمبدأ « قوة النفاذ » على النحو السالف الى الحد الذي دفعه الى التخلي دون مبرر عن نظار دعوى تدخل في اختصاصه لصالح محاكم دولة أخرى لم يطرح النزاع أمامها أصلاً ، الا أنه قد نبه الأذهان مع ذلك الى ضرورة الحل الذي أتى به في الأحوال التي يكون النزاع فيها قد طرح بالفعل أمام القضاء الأجنبي . ففي هذه الحالة يتعين على المحاكم الوطنية قبول الدفع باحالة الدعوى الى القضاء الأجنبي الذي طرح أمامه نفس النزاع حتى لا يترتب على تصليبها للفصل فيه صدور حكم يتعارض مع الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء هناك ، وهو ما يؤدي الى استحالة تنفيذ الحكم الوطني في الخارج .

ونشير في النهاية الى أنه لما كان معيار قبول الدفع بقيام ذات النزاع أمام محاكم دولة أجنبية عندنا هو مدى اعتبار محاكم هذه الدولة أقدر على الفصل في الدعوى وكفالة آثار الحكم الصادر في شأنها من عدمه ، فانه ومتى توافر هذا الشرط تعين قبول الدفع حتى ولو كان النزاع قد رفع الى القضاء الوطني أولاً . فاذا كانت الأسبقية في رفع الدعوى هي التي تحدد المحكمة المختصة محلياً في حالة ما اذا رفع النزاع أمام أكثر من محكمة مختصة وفقاً للقواعد العامة في الاختصاص الداخلي ، الا أن هذه القاعدة تفقد أهميتها في المجال الدولي حيث تكون البرة بالمحكمة الأكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الصادر عنها (٢) .

(١) راجع قضية Logan of Scotland مشار اليها في بحث Gutteridge السابق الاشارة اليه ص ١٦٢ وما بعدها .

(٢) راجع عكس هذا الرأي في Asminjon السابق رقم ٢٥١ - وهو يشترط لقبول الدفع ان تكون المحكمة الأجنبية هي التي رفع اليها النزاع أولاً تطبيقاً للقواعد العامة في المرافعات الداخلية في فرنسا .

٣٩- مدى جواز الخروج عن قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية

مضت الإشارة الى أن قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية تتعلق فى تقديرنا بالنظام العام . ذلك أن المشرع اذ حدد ضوابط اختصاص المحاكم الوطنية فهو يرسم بذلك حدود ولاية هذه المحاكم بالنظر فى المنازعات التى تثور على اقليمه . وترتبط قواعد الاختصاص الدولى من هذه الوجهة بوظيفة أساسية من وظائف الدولة وهى أداء العدالة فى الاقليم حفاظا على الأمن والسكينة فيه ، وهى اعتبارات تمس بالضرورة فكرة النظام العام .

فاذا كانت قواعد الاختصاص الوطنى والتى تحدد ولاية جهات القضاء المختلفة داخل الدولة تنسم بالصفة الآمرة ، فان القواعد التى تحدد اختصاص القضاء الوطنى فى مواجهة المحاكم الأجنبية تتعلق هى الأخرى - ومن باب أولى - بالنظام العام (١) .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على الخروج عن قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية والخضوع باختيارهم لولاية المحاكم الأجنبية . فاذا رفع أحدهم دعوى على خصمه أمام المحاكم المصرية وكان النزاع مما يدخل فى ولاية هذه المحاكم بناء على أحد ضوابط الاختصاص المنصوص عليها فى قانون المرافعات ، فليس للمدعى عليه أن يدفع بوجود اتفاق سابق بينه وبين المدعى التزاما بمقتضاه بالخضوع لولاية قضاء أجنبى . اذ لا يجوز الاحتجاج بمثل هذا الاتفاق أمام القضاء الوطنى لمخالفته للنظام العام فى مصر .

وقد أحسن الفقه والقضاء فى مصر فهم هذه الحقيقة فلم يترددا فى تأكيد الصفة الآمرة لقواعد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية وابطال أى

(١) راجع *Bartin* مبادئ القانون الدولى الخاص ج ١ ص ٣٥٥ .

اتفاق على الخروج عن هذه القواعد (١) .

ولا تتعارض هذه النتيجة مع ما سبق أن قررناه من جواز خضوع الخصوم باختيارهم لولاية القضاء الوطنى . فقد مضت الإشارة الى أن مبدأ الخضوع الاختيارى للمحاكم الوطنية يعد ضابطاً من ضوابط الاختصاص الدولى لهذه المحاكم ولا يبنى عن قواعد الاختصاص الدولى صفتها الآمرة . فاذا كان المشرع قد اعترف للإرادة بأثرها المانع لاختصاص المحاكم الوطنية ، فهو ينكر عليها أى أثر سالب لهذا الاختصاص (٢) .

ويلاحظ أن الفقه الفرنسى الحديث وإن كان قد خول للخصوم حق الخروج عن قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم الفرنسية والخصوم باختيارهم لولاية القضاء الأجنبى ، فهو لم يهدف من ذلك الى التقریب المطلق بين قواعد الاختصاص الدولى وقواعد الاختصاص المحلى ، وإنما يرجع اتجاهه فى هذا الشأن الى اعتبارات خاصة بالمادتين ١٤ ، ١٥ من القانون المدنى الفرنسى . ذلك ان المشرع الفرنسى قد أجاز - بمقتضى هاتين المادتين - عقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية إذا كان المدعى أو المدعى عليه فرنسى الجنسية . وقد رأينا أن هذا الاتجاه التشريعى يعد خروجاً عن القواعد العامة المعترف بها فى الاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية قصد به المشرع الفرنسى تقرير امتياز خاص بالفرنسيين . ولذا فقد كان طبيعياً أن تدفع الصفة الاستثنائية للمادتين ١٤ ، ١٥ بالفقه الى التضييق من نطاق اعمالهما وتقرير حق الخصوم

(١) راجع الدكتور حامد زكى . القانون الدولى المخلص رقم ٣٥٧ والدكتور عز الدين عبد الله الطيبة الثانية رقم ١٨٦ وهو يشير فى ص ٥٣٠ هامش (١) ، (٢) إلى أحكام القضاء المصرى التى آمنت بهذا الاتجاه . وراجع أيضاً الطيبة السادسة رقم ١٩٧ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله . الطيبة الثانية ص ٥٣٢ والطيبة السادسة ص ٧٢٧ .

في التنازل عن الميزة المقررة للفرنسيين بمقتضى هاتين المادتين (١) .

ولذلك فنحن نعتقد ان اتجاه الفقه والقضاء في فرنسا نحو تحويل الخصوم حق الخروج عن قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم هناك والخصوع اختياريا لقضاء دولة أخرى هو اتجاه قد تأثر الى حد بعيد باعتبارات خاصة بالقانون الفرنسي ولا يصلح من ثم سندنا مناهضا للرأى الذى نقول به .

ولهذا السبب نجد أن جانبا من الشراح المصريين قد أجاز للخصوم الخصوع بإرادتهم لولاية القضاء الأجنبي استثناء من القاعدة العامة في عدم جواز الخروج عن قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية ، وذلك في الفروض التى يكون مبنى اختصاص هذه المحاكم فيها هو ضابط الجنسية (٢) .

ونشير في النهاية الى أن قاعدة عدم جواز الخروج عن قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية وابطال كل اتفاق بين الخصوم على خلاف ذلك لا تمنع المحكمة من التخلي عن اختصاصها اذا ما تبينت ان حكمها في الدعوى سوف يكون معدوم القيمة الفعلية . ويحدث ذلك بصفة خاصة بالنسبة للدعاوى المرتبطة بتزاع قائم بالفعل أمام محكمة أجنبية ، أو الدعاوى التى سبق رفعها أمام هذه المحاكم ، مادام ان القضاء الأجنبي في الحالتين هو الأقدر على الفصل في الدعوى وكفالة آثار الحكم الصادر في شأنها . فقد رأينا ان الحكم الصادر عن المحاكم الوطنية يتجرد في هذه الفروض من أى قيمة حقيقية ، لأن قضاء الدولة الأجنبية التى يتعين تنفيذ الحكم فيها سوف

(١) راجع Bauer في رسالته رقم ٧٨ وما بعده و Batiffol المطول رقم ٦٨٤ وما بعده .

(٢) ومن المؤمنين بهذا الاتجاه الدكتور عز الدين عبد الله - راجع مؤلفه السابق الاشارة اليه الطبعة الثانية ص ٥٣٢ والطبعة السادسة ص ٧٤٣ وهو يشير تأييدا لرأىه إلى أن « ضابط الجنسية وحده ضابط ضعيف في ميدان الإختصاص القضائى » .

يرفض الامر بتنفيذ هذا الحكم طالما كان متناقضا مع الحكم الأجنبي الصادر في نفس النزاع .

وقد حدثت نفس هذه الاعتبارات بالفقه الغالب في كل من فرنسا ومصر الى تقرير عدم اختصاص المحاكم الوطنية بالدعوى المتعلقة بعقار كائن في الخارج حتى لو توافر لها سبب آخر من أسباب الاختصاص بالدعوى . فقد أشرنا الى أن دولة موقع العقار سوف ترفض تنفيذ الحكم الوطني في هذه الحالة لتعلق الأمر بالنظام العام فيها .

وترجع كافة الحلول السابقة الى مبدأ قوة النفاذ الذي مضت الإشارة اليه والذي يعد الأساس الفعلي لمعظم قواعد الاختصاص الدولي .

٤٠ - وجوب توافر ضابط الاختصاص عند رفع الدعوى

أوضحنا خلال دراستنا للقواعد العامة في اختصاص المحاكم المصرية أن المشرع قد حدد ضوابط معينة لاختصاص القضاء الوطني بنظر الدعوى مثل توطن المدعى عليه في مصر أو وجود المال فيها أو كون مصر هي بلد افتتاح التركة أو محل نشوء الالتزام . الخ .

ويلاحظ أن بعض هذه الضوابط مثل موقع العقار أو محل نشوء الالتزام لا يتصور تغييره عادة اذا آل الاقليم الذي يوجد به العقار أو نشأ فيه الالتزام الى دولة أخرى وهو فرض نادر الحدوث عملا .

أما غالبية الضوابط الأخرى مثل موقع المنقول أو موطن المدعى عليه فيمكن تصور تغييرها ، وذلك بنقل المنقول الى اقليم آخر مثلا أو بتغيير المدعى عليه لموطنه .

ويثور التساؤل في مثل هذه الفروض عن الوقت الذي يعتد به لتوافر ضابط الاختصاص حتى تنعقد ولاية المحاكم الوطنية بنظر الدعوى .

هناك أولا فرض لا يثير أدنى صعوبة وهو حالة ما اذا توافر ضابط الاختصاص عند نشوء العلاقة القانونية الى أصبحت محلا للتزاع بعد ذلك ثم تغير هذا الضابط قبل رفع الدعوى ، كما لو كان المنقول المبيع موجودا في مصر عند ابرام عقد البيع ثم نقل الى خارجها قبل رفع الدعوى . فلاشك أن المحاكم المصرية لا تختص بنظر التزاع في هذه الحالة ما لم يتوافر ضابط آخر من ضوابط اختصاصها به . اذ يتعين بداهة أن يكون ضابط الاختصاص متوافر عند رفع الدعوى ، وهو الوقت الذى تثار فيه مدى ولاية المحاكم الوطنية بالتزاع المطروح أمامها (١) .

ولكن ما الحكم فيما لو تغير ضابط الاختصاص بعد رفع الدعوى وقبل الحكم فيها كما لو نقل المنقول محل التزاع الى خارج الجمهورية العربية المتحدة اثناء قيام دعوى الدائن المرفعة لهذا المنقول على مدينه ؟ .

يجيب البعض على هذا التسؤل مؤكدا وجوب توافر ضابط الاختصاص عند رفع الدعوى وحتى الحكم فيها (٢) .

أما الرأى الراجح سواء في فرنسا أو في مصر فهو يرى أنه يكفى أن يتوافر ضابط الاختصاص عند رفع الدعوى . وكل تغير لاحق على هذا الوقت ليس من شأنه سلب ولاية المحاكم الوطنية طالما توافر سبب من أسباب اختصاصها عند رفع الدعوى (٣) .

-
- (١) Niboyet المطول ص ٣٢٧ و Batiffol ص ٧٥٩ والدكتور عز الدين عبد الله رقم ١٨٧ والدكتور فؤاد رياض رقم ٤٧١ .
- (٢) راجع اختلاف الفقه الايطالى حول هذه المسئلة معروضا بالتفصيل في مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية رقم ١٨٧ والطبعة السادسة رقم ١٨٩ .
- (٣) Batiffol المطول ص ٧٥٩ وما بعدها و Bauer في رسالته رقم ١٥٣ - والدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٥٣٤ والطبعة السادسة ص ٧٤٨ والدكتور فؤاد رياض ص ٤٨٩ . وهو نفس الحل المأخوذ به في الاختصاص الداخلى - راجع Morel رقم ٢٥٤ .

وغنى عن البيان ان هذا الحل لا ينطبق فيما لو كان ضابط اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى هو ارادة الخصوم فى الخضوع اختياريا لولايتها . اذ لو رجع الخصوم عن رغبتهم فى الخضوع للقضاء الوطنى وانفقوا اثناء نظر الدعوى على ترك الخصومة لترتب على ذلك الغاء جميع الاجراءات وعودة الخصوم الى الحالة التى كانوا عليها قبل رفع الدعوى (١).

ويبقى لنا فى النهاية أن نشير الى الفرض الذى ترفع فيه الدعوى رغم عدم توافر سبب من أسباب اختصاص المحاكم الوطنية بها ثم يتوافر ضابط الاختصاص اثناء نظر الدعوى .

ويرى الفقه المصرى الراجح أن المحاكم المصرية تختص فى هذه الحالة أيضا بنظر الدعوى « مراعاة للعدالة وتوفيرا لوقت المحكمة من أن يضيق سدى اذا ما حكمت بعدم اختصاصها ثم تلقت الدعوى من جديد برفعها اليها بعد توافر ضابط الاختصاص » (٢) .

٤١ - تحديد الاختصاص الداخلى

اذا ما انعقد اختصاص المحاكم المصرية بنظر النزاع بناء على أحد ضوابط الاختصاص الدولى التى مضت الاشارة اليها ، فان تحديد المحكمة المختصة نوعيا أو محليا يخضع بعد ذلك للقواعد العامة فى الاختصاص الداخلى المنصوص عليها فى قانون المرافعات .

(١) راجع المادة ١٤٣ من قانون المرافعات الجديد للمقابلة للمادة ٣١٠ من القانون القديم وانظر الدكتور رمزي سيف المرجع السابق ص ٦٥ وما بعدها والدكتور عبد المنعم الشرقاوى السابق رقم ٣٤٧ وما بعده .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٥٣٧ والطبعة السادسة ص ٧٥١ - وراجع فى نفس هذا المعنى الدكتور فؤاد رياض ٤٩٠ وهو يشير فى رسالته رقم ١٥٤ الى ان القانون الاملاى يأخذ بهذا الحل .

ويلاحظ مع ذلك أنه قد يتعذر تحديد المحكمة المختصة محليا اذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر وكان اختصاص المحاكم المصرية قائماً على فكرة الخضوع الاختياري مثلاً أو على كون الجمهورية العربية المتحدة هي دواة موقع المنقول محل النزاع . وفي مثل هذه الأحوال يتعين أعمال الحكم الوارد بالمادة (٦١) من قانون المرافعات والتي تنص على أنه « اذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة في الجمهورية ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الأحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى أو محل إقامته فان لم يكن له موطن ولا إقامة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة » (١) .

ونشير في النهاية الى ان دعاوى الأحوال الشخصية كانت تثير فيها مضي مشكلة خاصة بتحديد الجهة القضائية المختصة داخليا بنظرها نظراً لأن ولاية القضاء في هذه الأحوال كانت موزعة بين المحاكم المدنية والمحاكم الشرعية ومجالس الطوائف الدينية المختلفة . أما الآن وبعد صدور القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٥ في شأن إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المالية فقد أصبحت المحاكم المدنية هي جهة الاختصاص الوحيدة بمواد الأحوال الشخصية ، وبالتالي فلم يعد هناك محل لدراسة هذه المشكلة . ذلك ان دوائر الأحوال الشخصية التي نص القانون سالف الذكر على انشائها تعتبر من دوائر المحاكم المدنية وتابعة لها (٢) .

(١) والمقابلة المادة ٦٨ من القانون القديم .

(٢) راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٨ يناير ١٩٦٦ منشور بمجلة النقض . ص ١٧

العدد الأول ١٩٦٦ ص ٥ وما بعدها .

الباب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

٤٢ - قاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضى

بينما فى الباب السابق من هذه الدراسة القواعد التى تحكم اختصاص محاكم الجمهورية العربية المتحدة بالمنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً .

فإذا ما ثبت الاختصاص لمحاكم الجمهورية بنظر نزاع يتضمن عنصراً أجنبياً وفقاً لقواعد الاختصاص الدولى التى مضت الإشارة إليها ، فقد يثور التساؤل حينئذ حول القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى وقواعد المرافعات .

وقد تصدى المشرع المصرى للرد على هذا التساؤل فى المادة ٢٢ من القانون المدنى والتى نصت على أنه « يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تبأشر فيه الإجراءات » .

وعلى ذلك فإن القانون المصرى ، بوصفه قانون القاضى ، هو الذى يسرى فى شأن إجراءات الدعوى المرفوعة أمام محاكم الجمهورية .

وقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى هى قاعدة قديمة بدت ملامحها لأول مرة لدى شراح المدرسة الإيطالية فى القرون الوسطى ، حيث فرق J. Baldini سنة ١٢٣٥ بين الإجراءات التى يسرى فى شأنها قانون

القاضي، وبين الموضوع والذي يخضع لقوانين أخرى متباينة وفقاً لطبيعة المسألة المعروضة .

ولقد كانت التفرقة بين الإجراءات والموضوع هي أول الحلول التي قال بها شراح المدرسة الإيطالية القديمة في شأن تنازع القوانين .

ومنذ أن أقر بارتول Bartole ، رائد فقه الأحوال الإيطالية القديم، سلامة هذه التفرقة ، أصبحت قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي قاعدة تقليدية يستقر عليها كل من الفقه والقضاء في كافة دول العالم حتى وقتنا هذا (١) . بل وإن بعض التشريعات قد حرصت على النص عليها صراحة كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الإيطالي والتشريع المصري (٢) .

٤٣ - أساس انقادة ومدى ارتباطها بكل من تنازع الاختصاص القضائي وتنازع القوانين

حاول جانب من الفقه الفرنسي أن يجعل من قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي مجرد تطبيق لقاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع شكل التصرفات للقانون المحلي . فاعتبارات العدالة والملاءمة والضرورة والتي تستند قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلي وفقاً لهذا الرأي ، هي أيضاً التي يمكن في ضوءها تبرير تطبيق قانون القاضي على الإجراءات وقواعد المرافعات (٣) . وأساس ذلك أن فكرة الشكل لا تختلف في جوهرها عن فكرة الإجراءات . فكل منهما هو المظهر الخارجي الذي يوجب القانون

(١) راجع Batiffol المطول . طبعة ١٩٦٧ رقم ٢١٥ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة . ص ٧٨٨ .

(٣) راجع في ذلك : Arminjon, *Precis de droit international Privé* الجزء الثالث ص ٢٦٥ .

إتخاذه ، وهو يستلزم مراعاة أوضاع معينة وتدخل موظف عام ، هو بالنسبة للتصرف القانونى الموثق ، وبالنسبة لإجراءات المرافعات هم عمال القضاء . وقانون المحل بالنسبة للتصرف القانونى هو قانون البلد الذى يبرم فيه ، وقانون المحل بالنسبة لإجراءات المرافعات هو قانون البلد الكائنة به المحكمة التى يتخذ لديها الإجراء « (١) .

ويرفض الفقه الغالب هذا النظر . فان كان صحيحاً أن قواعد المرافعات وفقاً لمفهومها الخاص أو الضيق هى قواعد شكلية يلزم وجودها لإعمال القواعد الموضوعية فى القانون المدنى والتجارى ، إلا أن الصحيح أيضاً هو أن قواعد المرافعات بمعناها الموسع تتعلق بتنظيم السلطة القضائية وبيان اختصاص المحاكم والاجراءات الواجبة الاتباع فى رفع الدعاوى المدنية والتجارية والفصل فيها وتنفيذ الأحكام الصادرة فى شأنها . فقواعد المرافعات إذن تتصل بكل من فرعى القانون الخاص والقانون العام على السواء (٢) .

-
- (١) الدكتور عز الدين عبد الله فى عرضه لهذا الرأى . الطبعة السادسة ص ٦٢٥ وأيضاً ص ٧٩٠ . وأنظر كذلك مؤلفنا فى تنازع القوانين . ص ٣٠٥ .
- (٢) راجع فى تأكيد إتصال قانون المرافعات بكل من فرعى القانون العام والخاص، وإعتباره بذلك من فروع القانون المختلطة : Roubier, Théorie général du droit : الطبعة الثانية . باريس ١٩٦٠ ص ٢٦٢ وما بعدها وأنظر فى مصر : الدكتور حسن كبره . المدخل إلى القانون . الإسكندرية ١٩٦٩ رقم ٤٣ والدكتور أحمد أبو الوفا . المرافعات المدنية والتجارية . الطبعة الخامسة رقم ٧ والدكتور شمس الدين الوكيل . النظرية العامة للقانون . الطبعة الأولى . رقم ٦٠ . وراجع مع ذلك فى إختيار قانون المرافعات فرعاً من فروع القانون الخاص بوصفه مجموعة القواعد التى تمثل الإطار الشكل الذى يكفل حماية الحقوق الخاصة . R. Savatier . مشار إليه فى Solus et Perrot Droit Judiciaire Privé . المرجع السابق . ص ١٤ هامش (٣) . والدكتور عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت . أصول القانون : القاهرة ١٩٤١ رقم ١٨٩ . والدكتور عبد الفتاح عبد الباقى . نظرية القانون . القاهرة ١٩٦٦ رقم ٦١ . وأنظر فى إختيار قانون المرافعات فرعاً من فروع القانون العام على أساس أنه يتضمن مجموعة القواعد التى تنظم مرفق ==

ولعل إتصافها بهذا الفرع الأخير - بوصفها القواعد المنظمة للسلطة القضائية - هو ما يميزها تماماً عن فكرة شكل التصرفات والتي تتعلق أساساً بالقانون الخاص .

وعلى هذا النحو يبدو لنا الفارق الأساسي بين كل من قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي من جهة ، وقاعدة خضوع الشكل للقانون المحلى من جهة أخرى . فالقاعدة الأولى وإن تعلقت بنشاط الأفراد ، إلا أنها تتصل مع ذلك - وبصفة أساسية - بنشاط مرفق القضاء . أما القاعدة الثانية - وهى قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلى - فهى تتعلق بنشاط الأفراد وتهدف إلى التيسير على المتعاملين ، وهو هدف غريب عن القاعدة الأولى (١) . ولهذا فإن قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلى تنقسم بطابع غير إلزامى وفقاً لما إنتهى إليه الفقه الغالب وكثير من التشريعات ومن بينها التشريع المصرى (٢) . والأمر على خلاف ذلك بالنسبة لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي . اذ يتفق الفقه على إعتبارها قاعدة ملزمة لا سبيل إلى إغفالها (٣) ، على الأقل بالنسبة للإجراءات المتبعة أمام

= القضاء: Morel, Traité élémentaire de Procédure Civile . الطبعة الثانية . باريس ١٩٤٩ رقم ٩ ص ٦ وما بعدها وأنظر فى متابعة هذا الإتجاه فى مصر الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٨٩ .

- (١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة . ص ٧٩١ . وأنظر كذلك Batiffol المطول . طبعة ١٩٥٩ رقم ٥٨٣ و Bartin الجزء الأول رقم ١٦٣ .
- (٢) راجع مؤلفنا فى تنازع القوانين . السابق الإشارة إليه فقرة ١٠٢ .
- (٣) راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ فقرة ٦٩٧ .

المحاكم (١) .

ولإزاء ذلك يميل الفقه الحديث إلى ربط قاعدة تطبيق قانون القاضي على الإجراءات بقواعد تنازع الاختصاص القضائي . فاتصال قواعد المرافعات بوصفها القواعد التي تحكم نشاط السلطة القضائية - بالقانون العام يقتضى بالضرورة تطبيق هذه القواعد على كافة المنازعات المرفوعة أمام محاكم الدولة ولو تضمنت عنصراً أجنبياً . فليس من المنطق أن يتبع القاضي ممارسته لسلطاته قانوناً غير قانون دولته . وإذا كان من المتصور أن يطبق القاضي قانوناً أجنبياً في شأن موضوع المنازعات الخاصة الدولية المطروحة

(١) اذا كان الفقه الغالب قد انتهى على نحو ما رأينا في المتن إلى أن قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي لا شأن لها بقاعدة الشكل التي تتميز بطابعها الإختياري ، إلا أن جانباً من هذا الفقه قد أكد مع ذلك ان استقلال قاعدة الشكل عن القاعدة الخاصة بالإجراءات مجاله قواعد المرافعات المتبعة أمام المحاكم . أما إجراءات التحكيم فهي تدخل في نطاق قاعدة الشكل وتخضع بالتالي للقانون المحلي . فالمحكين لا يؤدون وظيفة عامة ، وإنما هم يقومون بأعمال قانونية يقتضى عقد خاص هو عقد التحكيم ، ومن ثم فإن إتباعهم لقواعد المرافعات السائدة في إقليم الدولة التي يباشرون فيها الإجراءات هو محض تطبيق لقاعدة خضوع الشكل لقانون المحلي . ولما كانت هذه القاعدة الأخيرة تنسب بطابع إختياري على نحو ما رأينا ، فإنه يترتب على ذلك أن من حق المحكّين إتباع الإجراءات المقررة في قانون آخر بالإتفاق مع الخصوم . راجع في ذلك Batiffol المطول رقم ٧٠٠ ص ٧٩٢ . وعلى العكس فقد أكد جانب آخر من الفقه ان مراعاة المحكّين للإجراءات المتبعة في الدولة التي يباشرون فيها مهمتهم هو محض تطبيق لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي . راجع Bartin, Principes de droit int. Privé T.I.P. 407 . ويشير جانب من الفقه المصري إلى أنه « إذا كان الرأي الأول قد يكون أكثر قبولاً في فرنسا إستناداً إلى نص المادة ١٠٠٩ مرافعات فرنسي التي تجيز الخصوم أن يتفقوا على الإجراءات التي يتبعها المحكّرون ولو كانت غير تلك الواردة في القانون الفرنسي ، فقد كان يصحّ قبوله في مصر في ظل أحكام قانون ١٩٤٩ » (المادتان ٨٣٤ و ٨٣٥ منه) . ولكنه أصبح جائز القبول في ظل أحكام قانون المرافعات الصادر في سنة ١٩٦٨ والذي تنص المادة ٥٠٦ منه بأن (يصدر المحكّرون حكمهم غير مقيدين بأجراءات المرافعات عدا مانص عليه في هذا الباب (أى باب التحكيم) ويكون حكمهم على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح . . » . راجع في ذلك الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة السادسة ص ٧٩٢ .

أما ، فإن مرد ذلك هو إتصال الأمر بالمصالح الخاصة للخصوم ، وبالتالي بالقانون الخاص . أما اجراءات الدعوى فإن تعلقها بنشاط مرفق عام هو القضاء يجعل تطبيق قانون الدولة التي يتبعها هذا المرفق أمراً لازماً (١) . ومن هنا ينتهي هذا الرأى إلى إعتبار قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى مجرد تطبيق لمبدأ إقليمية قواعد القانون العام (٢) .

ونحن نعتقد أنه من المتصور ربط القاعدة الخاصة بالإجراءات بقواعد الإختصاص القضائى الدولى وتطبيق قانون القاضى فى شأنها بصرف النظر عن الحدل الفقهى حول طبيعة القواعد الخاصة بالإجراءات ومدى إتصالها بكل من القانون العام أو القانون الخاص . فقواعد المرافعات تتعلق لاشك بمرفق من مرفق الدولة هو مرفق القضاء ، وبالتالي فهى قواعد تتصل بكيان الدولة وتنظيم مرافقها . وهى بهذا الوصف تعد من القواعد ذات التطبيق المباشر ، أى القواعد التى تحدد بذاتها مجال سريانها المكافى دون حاجة إلى إدخال العلاقات المتعلقة بها فى فكرة مسندة معينة تمهيدا لإسنادها فى النهاية لقانون القاضى (٣) . فاتصال قواعد المرافعات بكيان الدولة وتنظيم مرافقها العامة يؤدى فى ذاته إلى تطبيقها تطبيقاً مباشراً على المنازعات التى تثور فى الإقليم بصرف النظر عن مدى تعلقها بالقانون العام أو القانون الخاص . فهذه القواعد تتميز بسمتها الآمرة التى تقتضى تطبيقها تطبيقاً

(١) راجع بصفة خاصة Batiffol المطول رقم ٦٩٧ .

(٢) راجع فى ذلك Freyria, La Notion de Conflit de lois en droit Public تقرير مقدم الى اللجنة الفرنسية لقانون الدول الخاص . منشور بأعمال اللجنة ١٩٦٢ - ١٩٦٤ ص ١٠٣ وما بعدها وبصفة خاصة ص ١٠٥ .

(٣) راجع بالنسبة لفكرة القوانين ذات التطبيق المباشر :
Franscesakis, Quelques Précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de Conflits de lois
منشور فى Rev. crit ١٩٦٦ ص ١ وما بعدها .

إقليميا مهما كان الجدل حول إنتمائها إلى هذا الفرع من القانون أو ذاك .
وذكرنا هذا الوضع بدور فكرة النظام العام في الفقه القديم كوسيلة
لتنشيط الاختصاص للقانون الإقليمي ، وهو دور لم يردد الفقه الحديث في
الإعتراف به في بعض الفروض (١) .

ومهما يكن من أمر فإن كان جانب من فقه القانون الدولي الخاص قد
إنتهى إلى نفس هذه النتيجة على نحو ما رأينا فأكد تطبيق قانون القاضي
في شأن الإجراءات على أساس تعلق قواعد المرافعات بالقانون العام بما يبرر
تطبيقها تطبيقاً إقليمياً ، إلا أن هذا الفقه قد أشار مع ذلك إلى أن تعلق
إجراءات الدعوى بالقانون العام لا يبنى إتصالها في الوقت نفسه بحقوق
المتقاضين ومصالحهم ، وبالتالي لا يبنى إتصالها بالقانون الخاص (٢) . ومن
هنا أمكن القول بارتباط قواعد الإجراءات بالأحكام الموضوعية التي تنظم
حقوق المتقاضين ، وهو ما يمكن معه إعتبار قاعدة خضوع الإجراءات
لقانون القاضي من قواعد الإسناد المزدوجة ، أي من قواعد تنازع القوانين
وفقاً للمعنى المفهوم لدى الفقه التقليدي (٣) .

(١) راجع مؤلفنا في تنازع القوانين السابق الإشارة إليه رقم ٨٦ . وأنظر مع ذلك Batiffol المطول ص ٧٨٩ و ص ٧٩٠ حيث يقرر أنه من الخطأ أن يفسر تطبيق قواعد المرافعات تطبيقاً
إقليمياً بالرجوع إلى فكرة النظام العام . فالنظام العام وسيلة لإستبعاد القانون الأجنبي الواجب
التطبيق ومن ثم فلا يصح الإستناد إلى هذه الفكرة كأساس يقوم عليه تطبيق قانون القاضي .
وأنظر في متابعة هذا الإتجاه في مصر : الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة . ص ٧٩٠ .

(٢) راجع Batiffol المطول رقم ٦٩٧ .

(٣) راجع Batiffol السابق رقم ٦٩٧ ص ٧٩٠ . بل ويؤكد هذا النظر أن الفقه الحديث
لم يتردد الآن في الاعتراف بإمكان قيام التنازع في مجال القانون العام . راجع في ذلك مؤلفنا
في تنازع القوانين السابق الإشارة إليه رقم ١٢ وأنظر Freyria, La Notion de Conflit de lois en droit Public
de Conflit de lois en droit Public تقرير مقدم إلى اللجنة الفرنسية لقانون الدولي
الخاص في ٢٩ مارس ١٩٦٣ ومنشور بأعمال اللجنة ١٩٦٢ - ١٩٦٤ . ص ١٠٣ وما بعدها .

ويتضح مما سبق أنه إذا كانت قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى ترتبط بقواعد الإختصاص القضائى، فإنها تعد فى الوقت نفسه من قواعد تنازع القوانين .

وإعتبارها من قواعد تنازع القوانين على هذا النحو لا يخلو من فائدة . ويبدو ذلك بصفة خاصة فى مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث قد يضطر القضاء الوطنى إلى الإلتجاء لقانون دولة أجنبية قبل إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الصادر عن محاكمها وذلك للتحقق من أن الإجراءات التى بوشرت فى هذه الدولة قد تمت صحيحة وفقاً لقانونها على نحو ما سنرى فيما بعد (١) .

ولعل هذا الإعتبار هو الذى دفع المشرع المصرى إلى صياغة قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى فى شأن قاعدة إسناد مزدوجة الجانب ، فقد نصت المادة ٢٢ من القانون المدنى كما رأينا على أنه « يسرى على قواعد الإختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقسم فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات » .

٤٤ - نطاق تطبيق قانون القاضى : التفرقة بين الإجراءات والموضوع

يقتضى البحث فى تحديد نطاق تطبيق قانون القاضى ضرورة التفرقة بين الإجراءات والموضوع . فقد رأينا ان قانون القاضى ينطبق فى شأن

(١) راجع Batin . مبادئ القانون الدولى الخاص . الجزء الأول ص ٤٠٤ و Batiffol المطول ص ٧٩٠ . وأنظر فى مصر الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق رقم ١٠٣ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٨٩ . ومع ذلك فسرى فيما بعد أن جانباً من الفقه الحديث قد أكد أنه من العسير أن نلتم برقابة القضاء الوطنى على سلامة الاجراءات التى إتبعها الحكم الأجنبى المطلوب تنفيذه وفقاً لقانون المحكمة التى أصدرته . فواقع الأمر ان القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ يكتفى - من الوجهة العملية - بالأكّد من أن الحكم الأجنبى قد أحترم حقوق الدفاع وفقاً للمفهوم السائد فى قانونه ، أى فى قانون القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ ، على نحو ما سنرى فيما بعد .

إجراءات الدعوى . أما موضوع التراجع فالأصل في شأنه هو تطبيق القانون المختص وفقاً لما تشير به قواعد الإسناد وطنياً كان أو أجنبياً .

ومن هنا تبدو مسألة تحديد ما يدخل في مجال تطبيق قانون القاضى كسألة تكييف بالدرجة الأولى . إذ يتعين الوقوف على طبيعة المسألة المعروضة لمعرفة صفتها الموضوعية أو الإجرائية .

والتكييف يخضع - وفقاً لنص المادة العاشرة من القانون المدنى - للقانون المصرى بوصفه قانون القاضى . ومودى ذلك أنه يتعين الرجوع إلى المبادئ العامة فى القانون المصرى لمعرفة المسائل التى تدخل فى مضمون فكرة الإجراءات .

والواقع أن رسم الحدود الفاصلة بين ما يعتبر من مسائل الإجراءات ، وما يعد من مسائل الموضوع ، هى مهمة شاقة لم يستطع الفقه حتى الآن أن يضع لها معياراً حاسماً . ومرد الصعوبة أن هناك من الإجراءات ما يتصل بموضوع الدعوى لاتصالاً وثيقاً بحيث يتعذر النظر إليها بصفة مستقلة . ومن جهة أخرى فإن قانون المرافعات يضم إلى جوار قواعده الإجرائية قواعد أخرى موضوعية مثل شروط مباشرة الدعوى وشروط صحة الخصومة (١) .

ونتولى فيما يلى بحث أهم المسائل التى يدق الخلاف فى شأن تحديد طبيعتها الإجرائية أو الموضوعية فتتصل بالدراسة شروط قبول الدعوى ، وإجراءات الخصومة ، والتقدم ، والإثبات ، ثم الحكم فى الدعوى وآثاره ، وأخيراً إجراءات التنفيذ .

(١) راجع فى هذا المعنى الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة - رقم ٧٩٣ .

٤٥ - أولاً : شروط قبول الدعوى

يرى جانب من فقه المرافعات ان شروط قبول الدعوى هى الأهلية ، والصفة ، والمصلحة . ويفضل جانب آخر من هذا الفقه القول بأن المصلحة هى الشرط الوحيد لقبول الدعوى . فالأهلية شرط لصحة المطالبة القضائية وإجراءات الخصومة . أما الصفة فهى مجرد تعبير عن أحد شروط المصلحة وهو كونها شخصية ومباشرة (١) .

ومهما كان من أمر هذا الخلاف ، فان الذى يعيننا فى هذا الحال هو بيان القانون الواجب التطبيق فى شأن كل من الأهلية والصفة والمصلحة ، وهو ما نتولى بيانه فيما يلى .

(١) أهلية التقاضى

لا تعتبر أهلية التقاضى وفقاً لما إنتهى إليه الفقه الراجع من مسائل الإجراءات ، وبالتالي فهى لا تخضع لقانون القاضى . وإنما تعتبر أهلية التقاضى مسألة موضوعية يحكمها قانون الجنسية وفقاً لنص المادة (١١) من القانون المدنى (٢) .

والحل لا يختلف بالنسبة لأهلية الشخص الاعتبارى للإلتجاء للقضاء ، فتلك بدورها مسألة موضوعية يحكمها القانون الذى يسرى على النظام القانونى للشخص المعنوى ، أى قانون مركز الإدارة الرئيسى الفعلى (٣) .

(١) راجع الدكتور عبد المنعم الشرقاوى . شرح المرافعات المدنية والتجارية . القاهرة ١٩٥٠ رقم ٢٦ .

(٢) راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٠٢ و Bartin مبادئ القانون الدولى الخاص . الجزء الأول . رقم ١٧٦ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٢٩٥ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٨٧ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٦ والدكتور محمد كمال فهى رقم ٤٦٦ .

(٣) Batiffol المطول . طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٠٢ .

والمقصود بأهلية التقاضى على هذا النحو هو أهلية الأداء اللازمة لمباشرة حق التقاضى بعد ثبوته للشخص . أما أهلية الوجوب . أو مدى حق الشخص فى الإلتجاء للقضاء لإبتداء ، فهى تخضع لقانون الدولة التى يدعى الشخص تمتعه بالحق فى إقليمها ، وهو قانون القاضى فى هذه الحالة (١) . وللوطينيين عادة حق الإلتجاء إلى قضاء دولتهم . أما الأجانب فقد تقيد الدواة حقهم فى الإلتجاء إلى قضائها وفقاً لما تقتضى به القواعد المنبثقة لمركز الأجانب فيها (٢) .

(ب) صفة الخصوم .

رأينا ان جانباً من فقه المرافعات قد اعتبر صفة الخصوم فى الدعوى مجرد تعبير عن أحد شروط المصلحة وهى كونها شخصية ومباشرة . بينما ينظر جانب آخر من الفقه للصفة على أنها شرط مستقل لقبول الدعوى يقوم إلى جانب شرط المصلحة .

ومهما كان الأمر فإن صفة الخصم فى الدعوى لا تعد من مسائل الإجراءات ، ولا تخضع بالتالى لقانون القاضى . ذلك أن معنى الصفة هى كون الشخص هو صاحب الحق أو نائبه . « ولا شك أن القانون الذى يحكم كون الشخص هو صاحب حق أم ليس صاحباً له هو القانون الذى يحكم الموضوع وليس قانون القاضى » (٣) .

وعلى ذلك فقانون جنسية المطلوب الحجز عليه هو الذى يبين من له

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٩٥ .

(٢) ومن ذلك نظام الكفالة القضائية المقرر فى القانون الفرنسى والذى يعد قيدا على حق الأجانب فى الإلتجاء الى القضاء . راجع ما قبله رقم ٤ .

(٣) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٩٦ .

الحق أو الصفة في طلب الحجر (١) . كذلك فان قانون جنسية المورث هو الذى يبين من له الصفة في رفع دعوى التعويض عن الضرر الذى لحق بالمورث (٢) .

وبالنسبة لصفة الشخص كنائب في التقاضى عن غيره فقد اتفق الفقه على ان النيابة عن القاصر أو من في حكمه تخضع لقانون جنسية من تجب حاجته (المادة ١٦ من القانون المدنى) . كذلك فان قانون مركز الإدارة الرئيسى هو الذى يبين من له حق تمثيل الشخص الاعتبارى أمام القضاء (٣).

أما عن مسألة مدى حق النيابة العمومية في أن تكون خصما في الدعوى فيسرى في شأنها قانون القاضى باعتبار أن الأمر يتعلق في هذا الفرض بتحديد اختصاص سلطة عامة وهى النيابة العامة (٤) .

ويثور الخلاف حول القانون الذى يسرى على صفة الدائن ومدى حقه في رفع الدعوى غير المباشرة ، ودعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية) ، والدعوى الصورية .

فبالنسبة للدعوى غير المباشرة يرى جانب من الفقه الفرنسى إخضاعها لقانون القاضى بوصفها من إجراءات التنفيذ . ويضيف أنصار هذا الاتجاه قولهم ان الدعوى التى تخول للدائن الحق (أو الصفة) في إستعمال حقوق مدينة هى دعوى ترمى إلى حماية مقتضيات الضمان العام في الدولة التى رفع

(١) الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٦ .

(٢) راجع مؤلفنا في تنازع القوانين السابق الإشارة إليه ص ٥٤٦ وأنظر الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٩٦ .

(٣) راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٠٢ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٦ و ٣٧٧ والدكتور عز الدين عبد الله ص ٧٩٧ .

(٤) الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٧ والدكتور عز الدين عبد الله ص ٧٩٨ وأنظر في فرنسا Batiffol المطول ص ٧٩٤ .

التراجع أمام محاكمها ، مما يبرر تطبيق قانون القضاة في شأنها (١) .

ويبدو أن رفض الفقه الغالب في فرنسا لإعتبار حق الدائن في إستعمال حقوق مدينه من وسائل التنفيذ هو ماذفع جانب آخر من الفقه هناك إلى تفضيل قانون موطن المدين . اذ تركز في هذا المكان عادة حقوق المدين ومصالحه (٢) .

ويؤكد رأى ثالث ان إستعمال الدائن لحق المدين بمقتضى الدعوى غير المباشرة يخضع للقانون الذى يحكم هذا الحق (حق المدين) . فهذا القانون هو الذى يبين من هو صاحب الحق ومن هم خلفاؤه الذين يحق لهم إستعماله (٣) .

ونحن نفضل القول مع جانب من الفقه الفرنسى والمصرى بأن تدخل الدائن باسم المدين لاستعمال حقوق هذا الأخير لا يضر بمصالح الغير ، ما يبرر اخضاع الدعوى غير المباشرة للقانون الذى يحكم حق الدائن سواء كان مصدر هذا الحق هو العقد أو المسئولية التقصيرية أو الإثراء ؛ لا سبب (٤) .

أما بالنسبة للدعوى البوليصة ، أى دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائته ، فقد رأى البعض إخضاعها لقانون موطن الدائن ، على أساس أنه المكان الذى تركز فيه الحقوق التى أراد المدين الإضرار بها (٥) .

(١) راجع هذا الاتجاه معروفاً ومتفقاً في Arminjon موجز القانون الدول الخاص .
الجزء الثالث . رقم ٢٦٥ ص ٢٥٩ .

(٢) راجع Arminjon الموجز . الجزء الثانى رقم ١٣٧ . وقارن الجزء الثالث رقم ٢٦٥ .

(٣) Arminjon . الجزء الثالث . رقم ٢٦٥ . وهو يشير الى أنه قد عدل عن رأيه السابق والذى نادى به في الجزء الثانى من مؤلفه . راجع المامش السابق .

(٤) راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ رقم ٥٤١ والدكتور شمس الدين الركيل ص ١٨٩ .

(٥) Arminjon الجزء الثالث رقم ٢٦٦ ص ٢٦٥ .

ويرى البعض الآخر تطبيق قانون التراضي باعتبار أن هذه الدعوى تعد تمهيداً للتنفيذ الجبري، وتتضمن تحديداً للمدى حق الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه (١) .

ويفضل جانب من الفقه المصري هذا الحل الأخير سواء بالنسبة للدعوى البوليصية أو الدعوى غير المباشرة لكونه « أكثر تمشياً من غيره مع أحكام القانون المصري (المواد من ٢٣٥ إلى ٢٤٥ من القانون المدني) » (٢) .

ويؤكد جانب آخر سلامة هذا الحل ليس فقط بالنسبة للدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة ، بل وأيضاً بالنسبة للدعوى الصورية (٣) .

ونحن نميل مع ذلك إلى القول مع بعض الشراح بأن تدخل الدائن للطعن بعدم نفاذ تصرف المدين (الدعوى البوليصية) أو للطعن بهذا التصرف بالصورية قد يضر بمصلحة الغير . ولهذا يحسن إخضاع دعوى عدم نفاذ التصرفات للقانون الذي يحكم حق الدائن الطاعن والقانون الذي يحكم التصرف المطعون فيه ، وهو ما ينتهي بالضرورة الى تطبيق القانون الأكثر تشدداً . ومودى ذلك أنه لا يجوز للدائن الطعن إلا إذا كانت الدعوى معترفاً بها وفقاً للقانون الذي يخضع له حقه والقانون الذي يسرى في شأن تصرف المدين المراد عدم نفاذه (٤) .

(١) راجع Pigeonniere ، اشار إليه في مؤلف الدكتور منصور مصطفي منصور ٣٧٧ هامش (٣) .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٩٧ .

(٣) الدكتور منصور مصطفي منصور ص ٣٧٧ و ٣٧٨ . وهو يؤكد رأيه بالقول بأن « المشرع المصري ينظم الدعاوى الثلاث في المواد من ٢٣٥ إلى ٢٤٥ من القانون المدني في الفصل الخامس بما يكفل حقوق الدائنين تحت عنوان (وسائل التنفيذ) » .

(٤) راجع Batiffol المطول . طبعة ١٩٦٧ رقم ٥٤١ ص ٥٨٧ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٨٩ .

وتخضع دعوى الصورية وفقاً لهذا الاتجاه لكل من القانون الذى يخكم
حق الدائن الطاعن بالصورية. والقانون الذى يخضع له التصرف الصورى
المطعون فى جديته (١) .

(ج) المصلحة

إستلزم جانب من فقه المرافعات فى المصلحة عدة شروط (٢) . أولها
ان تكون المصلحة قانونية . أى ان يكون لرافع الدعوى حق يريدها به ،
وتلك بالضرورة مسألة موضوعية تخضع للقانون الذى يسرى فى شأن الحق
المدعى به . وثانيهما ان تكون المصلحة شخصية ومباشرة ، وهو ما يقصد به
ان يكون للمدعى صفة فى رفع الدعوى . وقد سبق أن تولينا دراسة الصفة
والقانون الذى تخضع له .

أما الشرط الثالث فى المصلحة وهو أن تكون قائمة وحالة فيقصد به
عدم شغل القضاء بالقضايا التى لا طائل وراءها ، وتلك مسألة تتعلق بتنظيم
مرفق القضاء فى الدولة وتخضع بالتالى لقانون القاضى (٣) .

وعلى ذلك فان قانون القاضى هو الذى يحدد ما اذا كان يشترط فى
المصلحة ان تكون قائمة وحالة ، وكذلك الأحوال التى يكتفى فيها بالمصلحة
الإحتمالية (٤) .

(١) الدكتور شمس الدين الوكيل . المرجع السابق ص ١٨٩ .

(٢) راجع أستاذنا الدكتور رمزي سيف . دروس فى نظرية الدعوى (حل الآلة الكاتبة)
ملقاء على طلبة السنة الثالثة بكلية الحقوق . جامعة القاهرة . العام الدراسى ١٩٥٥ - ١٩٥٦ .
ص ٤ وما بعدها .

(٣) راجع الدكتور منصور مصطفى منصور . ص ٣٧٨ .

(٤) وتنص المادة ٣ من قانون المرافعات الجديد - والمقابلة لنص المادة ٤ من القانون القديم -
على أنه « لا يقبل أى طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ، ومع ذلك
تكن المصلحة المحتملة إذا كان الفرض من الطلب الإحتمال لنفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق
يخشى زوال دليله عند النزاع فيه » .

٤٦ - ثانيا : اجراءات الخصومة

تخضع إجراءات الخصومة منذ نشأتها إلى أن تنتهي لقانون القاضي .
فهذا القانون هو الذى يسرى في شأن « البيانات التى يجب ان تتوفر في
صحيفة إفتتاح الدعوى . ومواعيد الحضور ، وجزاء النقص في
هذه البيانات ومخالفة المواعيد . وقيد الدعوى وميعاده وجزاء عدم القيد
في الميعاد . وأثر غياب الخصوم في سير الخصومة . ووقف الخصومة ،
وانقطاعها . وانقضائها بغير حكم في الموضوع سواء كان هذا الإنقضاء
بالحكم بسقوطها أو بالتقادم أو باعتبارها كأن لم تكن أو بتركها » (١) .

٤٧ - ثالثا : التقادم

بعد التقادم المسقط من الموضوعات التى أثارت جدلا فقهيها صاخبا
في القانون الدولي الخاص .

ويتجه القضاء الأنجلو سكسوني بصفة عامة إلى تطبيق قانون القاضي
في شأن التقادم بوصفه من مسائل الإجراءات (٢) .

ويعمل جانب من الفقه الفرنسي إلى الأخذ بنفس هذا الحل على أساس
تعلق التقادم بالدعوى أكثر من تعلقه بالموضوع (٣) .

ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي مؤيدا من بعض أحكام القضاء
هناك تطبيق قانون موطن المدين، علي أساس أن التقادم يهدف أساساً إلى
حماية المدين (٤) .

(١) الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ والدكتور شمس الدين الركيل
ص ١٩٠ .

(٢) راجع في ذلك Batiffol المعلوم طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٠٣ وراجع أيضاً الدكتور
منصور مصطفى منصور ص ٣٧٩ .

(٣) راجع Bartin . مبادئ القانون الدولي الخاص . الجزء الأول . رقم ١٧٢ .

(٤) راجع الإشارة إلى الأحكام التى إنجذبت نحو ' هذا المعنى في Batiffol المعلوم طبعة
١٩٦٧ رقم ٧٠٣ .

ونحن نفضل القول مع بعض الفقه الفرنسي والمصري بخضوع التقادم للقانون الذى يحكم الموضوع . فالتقادم طريقة من طرق إنقضاء الحق . ومن ثم فان القانون الذى يسرى فى شأنه هو نفس القانون الذى يحكم الحق موضوع التراع (١) .

ولا شك ان هذا الحل الأخير يتجنب مفاجأة الدائن صاحب الحق بسقوط حقه بالتقادم وفقاً لقانون موطن المدين فيما لو غير هذا الأخير موطنه الأصلى (٢) .

ويترتب على هذا الإنجاء ان يخضع التقادم فى دعاوى الحالة للقانون الشخصى بوصفه القانون الذى يحكم الموضوع (٣) . كما يخضع التقادم المسقط للحق العيى لقانون موقع المال لتعلق الأمر فى هذا الفرض بمركز الأموال أسوة بالتقادم المكسب (٤) .

٤٨ - رابعا : الاثبات

لعل الإثبات من أشق المسائل التى تدق فى شأنها التفرقة بين الإجراءات والموضوع . فن قواعد الاثبات ما يتصل بالموضوع ومنها ما يتعلق بالإجراءات . بل وان هناك من قواعد الاثبات ما يصعب القول بصحتها الإجرائية البحتة، أو طبيعتها الموضوعية الخالصة (٥) .

(١) ومن هذا الرأى فى فرنسا Batiffol المرجع السابق ص ٧٩٤ وفى مصر : أستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٠ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٧٩ .

(٢) راجع فى هذا المعنى الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٧٩٩ .

(٣) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق ص ٧٩٩ .

(٤) راجع Batiffol المطول ص ٧٩٤ .

(٥) راجع فى هذا الموضوع بصفة خاصة :

Huet (A), Les Conflits de lois en matière de Preuve.

رسالة الدكتوراه مقدمة إلى جامعة ستراسبورج - باريس ١٩٦٥ .

ولذلك فإن تكييف قواعد الإثبات والبحث في طبيعتها الموضوعية أو الإجرائية يقتضى دراسة كل من قواعد الإثبات على حده (١) .

ولهذا البحث كما لا يخفى أهميته البالغة . إذ ينطبق قانون القاضى فى شأن قواعد الإثبات التى تنقسم بالطابع الإجرائى . بينما تخضع القواعد الموضوعية فى الإثبات للقانون الذى يحكم الحق موضوع الدعوى .

بل وان هناك من قواعد الإثبات كما سنرى ما يتصل بفكرة الشكل ويخضع بالتالى للقانون الذى يحكمه .

ولعله من المفيد أن نشير من البداية - وقبل التصدى لهذه الدراسة - إلى أن قواعد الإثبات التى ستكون محلا للبحث على النحو الذى رأيناه هى قواعد إثبات الوقائع . وقد تبدو هذه الملاحظة بدئية على أساس ان قواعد القانون ليست محلا للإثبات، وإنما يفترض فى القاضى العلم بها . ومع ذلك فإن هذه الملاحظة أهميتها إذا عرفنا أن الفقه الحديث لا يميل الى افتراض علم القاضى بالقانون الأجنبى ، وإنما هو يلزمه بالكشف عن مضمون هذا القانون مع تأكيد حقه فى طلب معاونة الخصوم فى هذا البحث . بل وان

(١) وقد كانت قواعد الإثبات فى مصر موزعة بين كل من قانون المرافعات والقانون المدنى . فقد تضمن قانون المرافعات الأحكام الإجرائية فى الإثبات ، بينما تناول القانون المدنى قواعد الموضوعية . وقد نحى المشرع فى ذلك منحنى التشريعات اللاتينية وخلافا لتشريعات الجرمانية وإلى فضل لخلق قواعد الإثبات بقانون المرافعات . وقد عدل المشرع المصرى موقفه السالف فأورد للإثبات قانوناً مستقلاً يتضمن قواعد الموضوعية والإجرائية على السواء (القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ فى شأن الإثبات فى المواد المدنية والتجارية) . وقد تأثر المشرع المصرى فى ذلك بمنهج التشريعات الانجلىو سكسونية . وقد أشارت المذكرة الايضاحية إلى ان للمشرع قد جمع قواعد الإثبات فى تقنين مستقل « لما رأى فى ذلك من تيسير على صاحب الحق فى التعرف على ما يستحقه من دليل وطريق تقديمه للقضاء وتجنب الصعوبات التى تنجم عن تشتيت مواد الإثبات بين القانون المدنى وقانون المرافعات مع الصلة الوثيقة التى تجمعها حتى لا يتطرد فى كثير من الصور تحديد ما هو منها موضوعى خالص أو إجرائى خالص ، بل انه لو أمكن ذلك لما كان مرغوباً فيه إذ ان كليهما يبنى حكمه على الآخر . . . » .

هناك من النظم القانونية ما يلقي على الخصوم عبء الكشف عن أحكام القانون الأجنبي . ومن هنا تبلو أهمية تحديد القانون الذى يبين من يقع عليه واجب البحث عن القانون الأجنبي واثبات مضمونه ، وكذلك الطرق التى يجوز الإلتجاء إليها للكشف عن أحكام هذا القانون .

وإذا كنا لا نتشكك فى خروج مثل هذا البحث عن نطاق دراستنا هذه لتعلقه بمشكلة أعم هى : مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطنى ، (١) ، إلا أنه من الخير ان نشير هنا إلى أن قانون القاضى دون غيره هو المرجع فى حسم هذه المشكلة (٢) .

وعلى ذلك فان القانون المصرى هو الذى يبين للقاضى فى الجمهورية العربية المتحدة ما اذا كان ملزما بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي الذى تشير قاعدة الإسناد باختصاصه بحكم النزاع المطروح أمامه . أم أن عبء إثبات هذا القانون يقع على عاتق الخصوم . ومن جهة أخرى فان القانون المصرى هو الذى يحدد الطرق التى يجوز للقاضى أو للخصوم فى مصر ان يستخدموها للكشف عن أحكام القانون الأجنبي .

وباستبعاد القواعد المتعلقة بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي ، والتى ينطبق فى شأنها قانون القاضى على نحو ما رأينا ، فان مجال دراستنا فى هذا المقام يحدد ببيان القانون الواجب التطبيق على القواعد الخاصة بإثبات الوقائع ، وهو ما يقتضى التصدى لكل مسألة من مسائل الإثبات على حدة لتحديد طبيعتها وبيان صفتها الإجرائية أو الموضوعية .

ويمكن القول من البداية أن هناك من قواعد الإثبات ما يمكن ان يسمى

(١) راجع فى هذا الموضوع : رسالتنا فى مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطنى .
الأسكندرية ١٩٦٧ .

(٢) راجع رسالة Huet السابق الإشارة إليها رقم ١٠٤ وما يهده .

بالقواعد الإجرائية أو التنظيمية : وهي القواعد التي تتعلق بسير الدعوى دون أن تمس موضوع النزاع : وهناك على العكس القواعد الفاصلة : أو الحاسمة في الإثبات : وهي القواعد التي لها تأثير مباشر على الحكم الصادر في موضوع الدعوى .

وعلى هذا النحو ، وفي ضوء التفرقة السابقة ، نتناول فيما يلي دراسة محل الإثبات ، وعمل الإثبات ، وطرقه أى ما يقبل من الأدلة في الدعوى ، ثم قوة الدليل في الإثبات ، وأخيراً إجراءات تقديم الدليل ، وكيفية إتخاذ إجراءات الإثبات خارج إقليم الدولة أى الإنابة القضائية .

٤٩ - محل الإثبات

يخضع محل الإثبات وفقاً للرأى السائد للقانون الذى يحكم موضوع النزاع . فتحديد محل الإثبات يعد أمراً فاصلاً في موضوع الدعوى ، مما يور الزجوع في شأنه للقانون الذى يحكم الموضوع (١) .

وعلى ذلك فإن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو الذى يحدد الوقائع التى يتولد عنها الحق المدعى به ، أى الوقائع التى يتعين على المدعى اثباتها حتى يتمكن من الحصول على حقه . وبذلك فإن القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعى من حيث وجوده هو الذى يبين الواقعة التى ينصب عليها لإثبات النسب . ففي دعوى إثبات النسب الشرعى التى يطلب فيها الإبرن الانتساب إلى أبيه ، فإن قانون جنسية الأب - وهو

(١) راجع Lerebours-Pigeonniere et Loussouarn موجز القانون الدولى الخاص . رقم ٤٣٥ ص ٥٢٧ و Arminjon . الموجز . الجزء الثالث رقم ٤٠٥ و Batiffol المطبوع رقم ١٧٨٩ وأنظر في اللغة المصرية الدكتور غنم الدين الوكيل . مدعيات على القانون الدولى الخاص . المرجع السابق ص ١٩٢ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٠ والدكتور منصور مطلق منصور لمن ٢٨٠

القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى (١) - هو الذى يحدد الواقعة محل الإثبات، كأن يقرر مثلاً ضرورة إثبات واقعة انتساب الابن الى أمه حال قيام رابطة الزوجية بينها وبين الأب المراد الانتساب إليه (المدعى عليه) .

ويشير البعض بحق إلى أنه لو كان القانون الذى يحكم الموضوع هو الذى يحدد الواقعة الأصلية محل الإثبات والتى يتولد عنها الحق المدعى به مباشرة ، فان قانون القاضى هو المرجع - على العكس - فى شأن بيان الوقائع المحاورة التى يعد إثباتها قرينة يمكن أن تؤدى عقلاً وبطريق غير مباشر الى ثبوت الواقعة الأصلية (٢) . فبيان مدى تعلق الواقعة المحاورة بالدعوى هو أمر يقدره القاضى وفقاً لقانونه . كذلك فان هذا القانون - أى قانون القاضى - هو الذى يبين ما إذا كانت الوقائع المحاورة متحة فى الدعوى *Concuant* ، أى ما إذا كان يتوفر بها عنصر من عناصر الإقناع من عدمه . ذلك أن مدى تعلق الوقائع المحاورة بالواقعة الأصلية محل النزاع ، وكذلك مدى تأثيرها على وجه الحكم فى الدعوى ، هى مسائل تتصل أولاً وأخيراً بتكوين إقناع القاضى ، ومن ثم فانه يتعين تركها لمطلق تقديره فى ضوء المبادئ العامة السائدة فى قانونه (٣) .

ومؤدى هذا الرأى اذن أن المرجع فى تقدير القرائن القضائية هو قانون القاضى . فللقاضى حرية استخلاص القرائن القضائية دون قيد بما يقضى به القانون الأجنبى الذى يسرى على موضوع الدعوى . ويترب على ذلك

(١) راجع فى بيان القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعى . مؤلفنا فى تنازع القوانين السابق الإشارة إليه رقم ١٤٥ .

(٢) راجع Huet, *Les Conflits de lois en matière de Preuve* الرسالة السابق الإشارة إليها فقرة ١١٤ .

(٣) Huet الرسالة السابق الإشارة إليها ص ١٤٤ .

ان من حق القاضى الإعتداد باثبات الواقعة المخاورة كقرينة على ثبوت الواقعة الأصلية بما ينطوى عليه ذلك من تحويل للإثبات إلى الخصم الآخر .

هذا عن تقدير القاضى لمدى إرتباط الواقعة المخاورة بالواقعة الأصلية ومدى تأثيرها على وجه الحكم فى الدعوى . وبالتالى مدى سلطته فى استخلاص القرينة القضائية . أما بالنسبة لتحديد الأحوال التى يجوز له فيها أصلا إستخدام القرائن القضائية كوسيلة من وسائل الإثبات فهو أمر يرجع فى شأنه إلى القانون الذى يحكم الموضوع . فسنرى فيما بعد ان بيان ما يقبل من الأدلة فى الدعوى هو أمر وثيق الصلة بالموضوع ، ومن ثم فهو يخضع كأصل عام للقانون الواجب التطبيق على النزاع (١) .

٥٠ - عبء الإثبات

يتفق الفقه الغالب على خضوع عبء الإثبات - أسوة بمحله - للقانون الذى يحكم الموضوع . فتحديد الخصم الذى يقع عليه عبء إثبات الوقائع الأصلية التى يتولد عنها الحق المدعى به هو أمر وثيق الصلة بموضوع الدعوى ، وهو ما يدر الرجوع فى شأنه للقانون الواجب التطبيق على النزاع (٢) .

وقد لاحظ جانب من الشراح بحق أنه من النادر أن يشير القضاء إلى اختصاص القانون الذى يحكم الموضوع فى شأن عبء الإثبات . ويرجع ذلك إلى أن كافة تشريعات العالم تتبنى قاعدة موحدة فى شأن عبء الإثبات . فليس هناك على حد ما نعلم تشريع يلقى بعبء الإثبات على غير المدعى (٣) .

(١) Huet السابق رقم ١٩٠ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ .

(٢) راجع Batiffol المطول رقم ٧٠٦ و Lerebours-Pigeonniere et Loussouarn الموجز رقم ٤٣٥ والدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ص ٨٥٠ والدكتور شمس الدين الركيل ص ١٩٢ .

(٣) راجع رسالة Huet ص ١٤٦ .

وإذا كان المبدأ يبلو على هذا النحو واضحاً، ولا يثير في أصوله العامة تنازعا بين القوانين . إلا أن أعمال هذا المبدأ من الوجهة العملية ليس بمثل هذه السهولة الظاهرة . فنحن نعلم أنه قد يتعذر عملا على المدعى ان ينجح في إثبات الواقعة الأصلية التي يتولد عنها الحق المدعى به . ولهذا يجرى القضاء عادة على تخويل المدعى حق إثبات واقعة مجاورة يؤدي ثبوتها عقلا إلى ترجيح صدق دعواه . ومن ثم ينتقل عبء الإثبات إلى خصمه (المدعى عليه) .

وتناوب إنتقال عبء الإثبات على النحو السالف بمقتضى القرائن القضائية هو أمر يتصل بكيفية تكوين إقتناع القاضي ، وهو يخضع بهذا الوصف لقانون القاضي على نحو ما رأينا .

والأمر يختلف تماما بالنسبة للقرائن القانونية التي يقيمها الشارع لصالح المدعى الذي قد يتعذر عليه إثبات الواقعة الأصلية المنشئة لحقه . ذلك أن هذه القرائن ترتبط بموضوع النزاع ارتباطا وثيقاً . فالمرشح لاذ يقيم قرينة معينة ليتحول بها الإثبات من الواقعة المنشئة للحق والمتعذر إثباتها إلى واقعة مجاورة، فهو يسهل بذلك من مهمة المدعى الذي يكفيه إثبات الواقعة المجاورة لتكون قرينة على ثبوت الواقعة الأصلية ، ومن ثم ينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه . والمرشح، وهو يحرص على النص على بعض القرائن القانونية على هذا النحو، فهو يهدف إلى اعتبارات تتصل إتصالا وثيقاً بالحق موضوع النزاع . ومن هنا يتعين إخضاع القرائن القانونية للقانون الذي يحكم الحق المدعى به ، أى قانون الموضوع (١) .

(١) راجع *Bartin* مبادئ القانون الدول الخامس . الجزء الأول . رقم ١٧٧ و *Lerebours-Pigonnier et Loussouarn* ص ٢٧٥ و *Huet* السابق رقم ٦٤ ورقم ١٢٢ وما بعده . وراجع في مصر الدكتور عز الدين عبد الله ص ٨٠٠ وما بعدها والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٥٨١ .

ونشير في النهاية إلى أن القرائن القانونية قد تخضع مع ذلك لقانون القاضي في المنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً، وذلك فيما لو كانت القرينة عنصراً من عناصر الكشف عن ضابط الإسناد . فالقاعدة المستقرة في معظم دول العالم هي إخضاع الإلتزامات التعاقدية لقانون الإرادة (المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري) . فإذا لم يعلن المتعاقدون عن إرادتهم الصريحة في تطبيق قانون معين ، تعين على القاضي أن يكشف عن إرادتهم الضمنية (١) . وفي هذا السبيل تقرر بعض النظم القانونية عدة قرائن يستهدى بها القاضي في الكشف عن الإرادة الضمنية . وقانون القاضي هو الذي يختص بهادة بيان القرائن التي يمكن للقاضي ان يعتمد عليها في هذا البحث . فالأمر هنا يتعلق ببيان عناصر قاعدة الإسناد ولا شأن له بموضوع النزاع (٢) . فقانون القاضي هو الذي يبين مثلاً ما إذا كان تنفيذ العقد في دولة معينة يعد قرينة على رغبة المتعاقدين في تطبيق قانون هذه الدولة من عدمه .

وإذا ما تم للقاضي تحديد القانون الواجب التطبيق في شأن موضوع النزاع ، فإن هذا القانون - ولو كان قانوناً أجنبياً - هو المرجع بعد ذلك في شأن القرائن القانونية المتعلقة بأثبات الحق المدعى به على نحو ما رأينا .

٥١ - طرق الإثبات ، أو ما يقبل من الأدلة

يختلف الفقه إختلافاً بيناً حول القانون الواجب التطبيق على بيان ما يقبل من الأدلة في الإثبات .

ويميل جانب من الفقه إلى تطبيق قانون القاضي في شأن طرق الإثبات . فبيان ما يقبل من الأدلة وما لا يقبل هو أمر يتعلق بكيفية إقتناع القاضي ومدى ثقته في الأدلة المقدمة . لذلك فإن قانون القاضي هو الذي يحدد

(١) راجع مؤلفنا في تنازع القوانين . الأسكندرية ١٩٦٩ رقم ١٨٤ .

(٢) Huot المرجع السابق رقم ١٢٦ .

طرق الإثبات . أى ما يقبل من الأدلة فى الدعوى (١) .

وهكذا تعتبر طرق الإثبات وفقاً لهذا الإتجاه من مسائل الإجراءات التى تخضع لقانون القاضى (٢) .

وقد قيل فى الرد على ذلك فى فرنسا أنه ليس صحيحاً أن بيان الأدلة المقبولة فى الإثبات هو أمر يتعلق بمطلق بتقدير القاضى وإقتناعه . ذلك أن القاضى يتقيد فى تكوين عقيدته بطرق الإثبات التى حددها القانون . فهو غير ملزم بالبحث عن الحقيقة المجردة ، وإنما هو يبحث فى واقع الأمر عن الحقيقة القضائية الثابتة بمقتضى الأدلة التى حددها القانون والتى يتعين عليه قبولها ولو لم يكن مقتنعاً بها فى إثبات الحق المدعى به (٣) . ومن هنا كان القول بأن الإثبات يؤدى إلى حقيقة ظنية لا حقيقة قطعية (٤) .

وما دام الأمر كذلك فانه يبدو لنا أن الإتجاه الذى أضفى على طرق الإثبات طابع إجرائى لينتهى الى تطبيق قانون القاضى فى شأنها - على أساس أن الأمر يتعلق أولاً وأخيراً بكيفية إقتناع القاضى ومدى ثقته فى الأدلة المقدمة - هو إتجاه يفتقر إلى الأساس السليم ، على الأقل فى البلاد التى

(١) راجع هذا الإتجاه معروضاً فى Batiffol السابق رقم ٧٠٧ .

(٢) راجع هذا الإتجاه فى الفقه للإبطال معروضاً فى : .

Quadri, Sur la loi applicable aux moyens de Preuve
التفويض للمصيرية (البالورة المدنية) الصادر فى ٨ يناير ١٩٥٣ وللشور فى المجلة المصرية للقانون
الدولى . المجلد التاسع ١٩٥٣ . ص ١٣٤ وما بعدها من القسم الأجنبى . ويؤيد السيد عز الدين
عبد الله فى مصر إخضاع طرق الإثبات كقاعدة عامة لقانون القاضى . راجع مؤلفه السابق الإشارة

إليه ص ٨٠٤
(٣) راجع رسالة Huet السابق الإشارة إليها رقم ٢٧ .

(٤) راجع فى ذلك الدكتور جند المتم فرج الصلح : الإثبات فى المراء المدنية . الطبعة الثانية .

لا يسود فيها مبدأ الإثبات المطلق كما هو الشأن في كل من فرنسا ومصر (١).
ولهذا فنحن نميل مع جانب آخر من الفقه إلى القول بأن تحديد طرق
الإثبات وبيان ما يقبل من الأدلة في الدعوى هو أمر وثيق الصلة بموضوع
التزاع . مما يبرر إخضاعه كقاعدة عامة لنفس القانون الذي يحكم الحق
المدعى به . فالقانون الذي يحكم الموضوع هو الذى يبين مثلاً ما إذا كان
من الجائز قبول كل من الشهادة والإقرار والعين الحاسمة كدليل في الإثبات
من عدمه (٢) .

ويبدو أن القضاء المصرى قد أيد هذا الحل . فقد جاء في حيثيات حكم
محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٨ يناير ١٩٥٣ أنه « لما كان طرفا
الدعوى فرنسيين والقانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص هو القانون
الفرنسى ، سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو بالدليل المقبول فيها » (٣) .
ومؤدى ذلك أن المحكمة قد رأت الرجوع إلى القانون الأجنبى الذى يحكم
موضوع الدعوى في شأن الأدلة المقبولة فيها .

(١) والأمر يختلف في الدول التى تأخذ بمبدأ الإثبات الحر أو المطلق، حيث لا يحدد القانون
طرقاً معينة للإثبات ، وإنما يكون الإثبات بأى وسيلة ممكنة توصل الى اقتناع القاضى، كما هو
الشأن في كل من ألمانيا وسويسرا وإنجلترا والولايات المتحدة . راجع في بيان المذاهب المختلفة
في الإثبات . الدكتور عبد المنعم فرج الصدة . المرجع السابق . ص ٧ وما بعدها. ولعل ذلك هو
ما دفع فقه القانون الدول الخاص في ألمانيا إلى إخضاع طرق الإثبات لقانون القاضى . فالقاضى
الألماني يتمتع بحرية كبيرة في تقصى الحقيقة ، ولذا يبدو طبيعياً ان يرفض الفقه هناك تطبيق
القوانين الأجنبية في شأن بيان الأدلة المقبولة في الدعوى حتى لا يؤدى ذلك الى تقييد القضاء بطرق
محددة في الإثبات قد تتنافى مع حريته الواسعة في تكوين إقتناعه . أنظر في الإشارة إلى هذا المعنى :
الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٠٠ هامش (١) .

(٢) راجع Lerebours-Pigeonniere et Lousouarn الموجز رقم ٤٣٥ وراجع
في مزيد من التفصيل رسالة Huet السابق الإشارة إليها رقم ١٦٥ وما بعده . وأنظر في الفقه
المصرى الدكتور محمد كمال نهى ص ٥٢٥ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٢ .
(٣) مجموعة الأحكام الصادرة من المكتب الفنى ص ٤ العدد الثالث ص ٣٥٥ .

ويسلم جانب من أنصار تطبيق قانون القاضى على طرق الإثبات بضرورة إفساح المجال للقانون الذى يحكم الحق المدعى به لبيان الدليل المقبول فى الدعوى ، وذلك فى الفروض التى تكون الأدلة فيها وثيقة الصلة بالموضوع كما هو الشأن فى إثبات البنوة الشرعية (١) .

أما بالنسبة لطرق الإثبات التى لا تتصل بموضوع الدعوى إتصالا وثيقا فانه يتعين الرجوع فى شأنها - وفقاً لهذا الاتجاه - لقانون القاضى . ولهذا إنتقد جانب من الفقه المصرى المؤيد للرأى السالف حكم محكمة النقض المصرية السابق الاشارة إليه لأنه قد أخضع مسألة قبول الدليل فى دعوى التطبيق المعروضة أمامها للقانون الفرنسى بوصفه القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى دون أن يشير إلى وجود صلة وثيقة بين موضوع النزاع والدليل المقدم فى شأنه (٢)

ورغم اختلاف الشراح على النحو السالف بين مؤيد لتطبيق قانون القاضى على طرق الإثبات - على الأقل بالنسبة للأدلة غير الوثيقة الصلة بالموضوع - ومجيد لإخضاع مسألة قبول الأدلة للقانون الذى يحكم الموضوع ، إلا أن غالبيتهم قد إتفقوا مع ذلك على تأكيد إستثناء هام موداه خضوع الدليل الكتابى المعد لإثبات التصرفات القانونية للقانون المحلى، تطبيقاً لقاعدة خضوع

(١) راجع Quadri فى تعليقه المنشور بالجلد المصرية للقانون الدولى والسابق الإشارة إليه ص ١٣٦ ، ١٣٧ . وأنظر فى تأييد هذا المعى فى مصر الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٠٤ . فبعد أن بين أن طرق الإثبات تخضع كتقاعدة عامة لقانون القاضى ، عاد فأورد على هذا المبدأ عدة تحفظات أولها خضوع القرائن القانونية للقانون الذى يحكم الموضوع لكونها وثيقة الصلة به ولأنه يترتب عليها تحول فى عبء الإثبات . وثانيها خضوع إثبات التصرفات القانونية الذى يحكم شكله (على نحو ما سرى فيها بعد) وثالثها خضوع قبول الدليل للقانون الذى يحكم الموضوع « عندما يكون موجها لخدمة نظام قانونى معين وثق الشرع فى شأنه الصلة بين الإثبات والموضوع على وجه يتصلر الفصل ما بينهما » .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق ص ٨٠٧ وهو يشير إلى أنه « لو علقت المحكمة قضاها بأن قبول الدليل فى دعوى التطبيق وثيق الصلة بنظام التطبيق ذاته ، ومن ثم يخضع لقانون الذى يحكمه ، لكان هذا القضاء أكثر قبولاً وترحيباً » وقارن Quadri فى تعليقه على الحكم فى الجلة المصرية للقانون الدولى - ١٩٥٣ ص ١٣٧ وهو يرى أنه كان يتعين على المحكمة تطبيق القانون المصرى ، بوصفه قانون القاضى ، على مسألة قبول الدليل المقدم إلى المحكمة فى دعوى التطبيق لأنه - أى الدليل - ليس وثيق الصلة بموضوع الدعوى فى هذا الحالة .

الشكل لقانون بلد الإبرام (١) .

وأساس هذا الحل الأخير أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف هي مسألة تدخل في مضمون فكرة شكل التصرفات وتخضع بالتالي للقانون المحلي (٢) .

على أنه لما كانت قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلي تقوم أساساً على اعتبارات التيسير على المتعاقدين ، فقد سلم الفقه بأن للقاضي أن يستغنى عن الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون المحلي مادام أن قانونه لا يشترط هذا الدليل (٣) .

ونتهى بذلك إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات يقتضى في تقديرنا التفرقة بين الأدلة المكتوبة المعدة لإثبات التصرفات القانونية وبين غيرها من الأدلة الأخرى . فقد رأينا أن مسألة لزوم أو عدم

(١) راجع Lerebours-Pigeonniere et Loussouarn الموجز رقم ٢٥ ، Batiffol المطول رقم ٧٠٧ وأنظر في عرض هذا الاتجاه في إيطاليا Quadri في تعليقه السابق الإشارة إليه ص ١٣٦ وراجع في مزيد من التفصيل رسالة Huet رقم ٩١ وما بعده ورقم ١٣٧ وما بعده . وأنظر في مصر : الدكتور منصور مصطفي منصور ص ٨٠ ، وأستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٢ والدكتور عز الدين عبد الله ص ٨٠٤ ، ٨٠٥ .

(٢) راجع مؤلفنا في تنازع القوانين ص ٣١١ و ٣١٢ .

(٣) راجع في ذلك Batiffol المطول رقم ٧٠٧ ورسالة Huet رقم ١٣٧ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٢ والدكتور منصور مصطفي منصور ص ٨١ والدكتور عز الدين عبد الله ص ٨٠٥ . وراجع أيضاً مؤلفنا في تنازع القوانين ص ٣١١ ، ٣١٢ . وقد ذهب البعض إلى حد القول بإخضاع كافة الأدلة المقبولة لإثبات التصرفات القانونية للقانون المحلي . وموذى هذا الرأي هو خضوع الدليل أياً كان - ولو لم يكن كتابياً - للقانون الذي يحكم شكل التصرفات . راجع هذا الاتجاه مروضاً في رسالة Huet رقم ٩١ . وقد انتقد الفقه الغالب هذا الاتجاه لكونه قد ربط دون مبرر بين فكرة الشكل وبين جميع الأدلة المقبولة لإثبات التصرف القانوني ، في حين أن مسألة ملئ لزوم الدليل الكتابي للمعد Preconstitue في الإثبات هي وحدها التي يمكن أن تدخل في مضمون فكرة الشكل . راجع في ذلك Batiffol رقم ٧٠٧ ورسالة Huet ص ١١٣ وما بعدها .

لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف القانوني تخضع للقانون المحلى . ما لم يكن قانون القاضى يميز اثبات التصرف بغير هذا الدليل نزولاً على إعتبارات التيسير التى تقوم عليها قاعدة الشكل .

أما بالنسبة للأدلة الأخرى سواء الأدلة المعدة لإثبات الوقائع أو تلك المعدة لإثبات التصرفات القانونية فهى تخضع ، وفقاً للرأى الذى إنتصرنا له ، للقانون الذى يحكم الموضوع . فقد مضت الإشارة إلى ان تحديد ما يقبل من الأدلة فى الدعوى هى مسألة وثيقة الصلة بالموضوع ، وبالتالي فن الخير إخضاعها للقانون الواجب التطبيق على النزاع .

وعلى ذلك فلا يجوز للقاضى أن يقبل الشهادة أو الإقرار أو اليمين إلا فى الحالات التى يميزها القانون الذى يحكم الموضوع . وقد سبق أن بينا ان القرائن القانونية تخضع بدورها للقانون الذى يحكم النزاع لكونها هى الأخرى وثيقة الصلة بالموضوع . بل وان مدى حرية القاضى فى استخدام القرائن القضائية هو أمر يرجع فى شأنه أيضاً للقانون الذى يحكم الموضوع . فليس للقاضى ان يستخدم سلطته فى استنباط القرائن القضائية كطريقة من طرق الإثبات إلا فى الأحوال التى يميزها القانون الذى يحكم الموضوع (١) . أما بالنسبة لمدى حرته فى استنباط القرينة القضائية فى الفروض المسموح له فيها باستخدام هذه الوسيلة من وسائل الإثبات ، فهى مسألة متروكة لتقديره فى ضوء المبادئ العامة السائدة فى قانونه على نحو ما رأينا من قبل (٢) .

ونشر فى النهاية إلى أن اختصاص القانون الذى يحكم الموضوع ببيان ما يقبل من الأدلة فى الدعوى لا يمنع من إستبعاد هذا القانون عند مخالفته للنظام العام فى مصر ، أو فيما لو رفض المشرع الأخذ بهذا الدليل بنص

(١) راجع فى ذلك : رسالة Huet السابق الإشارة إليها رقم ١٩٠ .

(٢) راجع ما قبله رقم ٥٠ .

صريح (١) . من ذلك ما تقتضى به المادة ٨٩٩ من قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ فى شأن الدعاوى الخاصة بعلاقات الزوجية وحضانة الأولاد وحفظهم من أنه « لا يجوز توجيه اليمين إلى أحد طرفى الخصومة عن الوقائع التى بنيت عليها الدعوى ولا يجوز فيها سماع شهادة الأولاد » (٢) .

٥٢ — قوة الدليل فى الإثبات

تتجه غالبية الشراح إلى إخضاع قوة الدليل فى الإثبات لنفس القانون الذى يحكم الدليل ذاته .

ولهذا يكاد أن يجمع الفقه على أن القانون الذى يحكم شكل التصرفات القانونية (القانون المحلى) . والذى يسرى فى شأن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابى لإثبات التصرف على نحو ما بينا . هو أيضا الذى يحكم قوة الورقة الرسمية أو العرفية فى الإثبات (٣) .

أما بالنسبة للأدلة الأخرى فقد ذهب الفقه المحبذ للرجوع إلى قانون القاضى فى شأن بيان ما يقبل من الأدلة فى الدعوى إلى القول بأن هذا القانون نفسه — أى قانون القاضى — هو الذى يحدد قوة كل دليل فى

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٠٥ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٨٢ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٣ .

(٢) ويلاحظ أن المادة ٨٩٩ المشار إليها فى المتن مازالت قائمة رغم إلغاء قانون المرافعات الصادر فى سنة ١٩٤٩ . فقد نصت للمادة الأولى من قانون اصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه « يلغى قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ عدا . . . المواد من ٨٦٨ إلى ١٠٣٢ من الكتاب الرابع الخاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية . . »

(٣) راجع Batiffol الطلوع طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٠٨ و Lerebours-Pigeonniere, رقم ٤٣٥ و Huet فى رسالته رقم ٢٣٧ وما بعده . وأنظر فى مصر الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٠٨ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٨٢ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٣ .

الإثبات (١) .

وعلى العكس فقد أكد جانب من الفقه الذى رأى فى بيان ما يقبل من الأدلة فى الدعوى مسألة موضوعية يحكمها القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ان هذا القانون ذاته - أى قانون الموضوع - هو الذى يحدد قوة الدليل فى الإثبات (٢) .

ولا شك عندنا فى سلامة الرجوع للقانون الذى يحكم شكل التصرفات لتحديد قوة الورقة الرسمية أو العرفية فى إثبات التصرف . ذلك لأنه « متى كانت الشكلية لازمة للإثبات ولتخذ التصرف فى الشكل المقرر فى القانون المختص بحكم الشكل ، صار من غير المعقول ان تخضع قوة هذا الشكل فى الإثبات لقانون آخر » (٣) .

ورغم أننا قد إتصرونا من قبل للرأى القائل بأن بيان ما يقبل من الأدلة الأخرى فى الدعوى هو مسألة موضوعية يرجع فى شأنها للقانون الذى يحكم الموضوع ، إلا أننا لا نرى مع ذلك إخضاع قوة هذه الأدلة جميعها فى الإثبات لقانون الموضوع على نحو ما أراد البعض (٤) . وإنما يتعين فى رأينا التفرقة فى هذا الشأن بين البين والإقرار والقرائن القانونية من ناحية ، وبين الشهادة والقرائن القضائية من ناحية أخرى .

فالقانون الذى يحكم الموضوع ،والذى يحدد الأحوال التى يجوز فيها الإثبات

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٧٠٨ والدكتور عز الدين عبد الله السابق ص ٨٠٨ مع ملاحظة ان هذا الاتجاه يستثنى القرائن القانونية ويرى الرجوع فى شأنها للقانون الذى يحكم الموضوع . فهذا القانون هو الذى يبين ما إذا كانت القرينة قاطعة أو قابلة لإثبات العكس .

(٢) راجع أستاذنا الدكتور شمس الدين الركيل . ص ١٩٣ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٨٢ .

(٣) الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق ص ١٩٣ .

(٤) أستاذنا الدكتور شمس الدين الركيل . المرجع السابق ص ١٩٣ .

باليمين أو الإقرار ، هو الذى يبين قوة هذه الأدلة فى الإثبات (١) . كذلك فان قانون الموضوع ، والذى تخضع له القرائن القانونية ، هو الذى يحدد قوة القرينة القانونية فى الإثبات ، هل هى قرينة قاطعة أم تقبل الدليل العكسى (٢) .

أما بالنسبة للشهادة والقرائن القضائية فان الأمر يختلف . فقانون القاضى هو الذى يحدد فى تقديرنا قوة كل دليل منها فى الإثبات .

وأساس ذلك بالنسبة للشهادة هو أن القاعدة فى شأنها سواها فى فرنسا أو فى مصر هى أن للقاضى حرية مطلقة فى تقديرها . فله أن يأخذ بشهادة شاهد ويطرح شهادة آخر بحسب ما يطمئن إليه وجدانه . بل وإن القاضى ليس ملزما بتصديق الشاهد فى كل أقواله . فله أن يطرح منها مالا يطمئن إليه . فتقدير الشهادة وإستخلاص الواقع منها هو من إطلاقات قاضى الموضوع التى لا تخضع فى شأنها لرقابة محكمة النقض (٣) . ويكفى القاضى حتى يكون بمنأى عن رقابة النقض ان يكون قد أقام حكمه على أسباب تؤدى إلى النتيجة التى إنتهى إليها .

وما دام الأمر كذلك فان بيان مدى قوة الشهادة فى الإثبات هو أمر يخضع لتقدير القاضى فى ضوء المبادئ العامة السائدة فى قانونه . وموذى ذلك أنه لا يصح الرجوع فى شأن هذا التقدير للقانون الأجنبى الذى يحكم الموضوع . وليس فى هذا ما يتعارض مع ما سبق أن قررناه بالنسبة للرجوع

(١) راجع رسالة Huot رقم ٢٦٤ وما بعده .

(٢) راجع Bartin . مبادئ القانون الدولى الخامس . الجزء الأول . رقم ١٧٧ وأنظر فى مصر الدكتور عز الدين عبد الله ص ٨٠٨ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٣ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٨٢ .

(٣) راجع رسالة Huot رقم ٢٦٨ . وأنظر فى خضوع حجية الشهادة لتقدير القضاء : الدكتور عبد المنعم فرج الصده . الإثبات فى المواد المدنية . للرجع السابق رقم ١٨٧ .

الى قانون الموضوع لبيان ما يقبل من الأدلة في الدعوى . فقانون الموضوع هو الذى يحدد الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بالبينة . أما تقدير الشهادة في الفروض التى يصح فيها الأخذ بها كدليل في الإثبات فهو من إطلاقات محكمة الموضوع في كل من فرنسا ومصر . ومن ثم فلا يصح الرجوع في شأنه لغير المبادئ العامة في قانون القاضى (١) .

والأمر لا يختلف بالنسبة للقرائن القضائية . فقد مضت الإشارة إلى أن القانون الذى يحكم الموضوع هو الذى يبين الأحوال التى يجوز فيها للقاضى ان يستخدم سلطته في إستنباط القرائن القضائية . أما بالنسبة لمدى قوة القرينة القضائية في الإثبات في الفروض التى يسمح فيها قانون الموضوع باستخدام هذه الوسيلة ، فهى مسألة متروكة بداهة لتقدير القاضى وفقاً للمبادئ العامة السائدة في قانونه . بل وإنه من المستحيل عملاً أن تقيسد سلطة القاضى في تقدير القرينة القضائية بغير ما يملكه إقتناعه الشخصى . ولعل بداهة هذا الحل هو ما دفع البعض إلى القول بأن تقدير القاضى للقرائن القضائية لا يمكن أن يثير تنازعا بين القوانين (٢) .

وهذه النتيجة التى إتهينا إليها لا تقوم على أساس ان تقدير قوة كل من الشهادة والقرينة القضائية في الإثبات من مسائل المرافعات التى يتعين إخضاعها لقانون القاضى على نحو ما أراد البعض ، (٣) وإنما يستند الحل الذى نقول به على إختلاف البيئة والقرينة القضائية عن أدلة الإثبات الأخرى في كل من فرنسا ومصر . فللقاضى حرية مطلقة في تقدير الشهادة واستخلاص القرينة القضائية في كل من التنظيمين المصرى والفرنسى . وهذه السلطة التقديرية المطلقة التى يتمتع بها القاضى في شأن كل من هاتين الوسيلتين

(١) راجع رسالة Huet السابق الإشارة إليها ص ٢٦٨ .

(٢) راجع هذا الرأى مروعاً في Huet المرجع السابق ص ٢٢٢ .

(٣) راجع Nibovet . المجلد . الجزء الخامس . رقم ١٤٦٢ .

من وسائل الإثبات لا يمكن أن تنقيد بما قد يكون مقرر في القانون الأجنبي الذي يحكم موضوع النزاع من أحكام مخالفه (١) .

٥٣- إجراءات تقديم الدليل

تعتبر إجراءات تقديم الدليل بلا خلاف من صميم مسائل المرافعات (٢) . فهي « قواعد تنفيذية تكفل حسن سير الدعوى دون أن تمس موضوع النزاع أو تؤثر على الحكم الصادر فيه » (٣) .

وعلى ذلك فإن قانون القاضى هو المرجع فى بيان كيفية أداء الشهادة وحلف اليمين، وكيفية الحصول على إقرار من الخصوم . وهو المرجع كذلك بالنسبة لكيفية تقديم الدليل الكتابى . وأخيراً فإن قانون القاضى هو الذى يبين كيفية إنتقال المحكمة للمعاينة أو إتخاذ إجراءات الخبرة وإحالة الأوراق المقدمة فى الدعوى لتحقيق الخطوط أو الطعن فيها بالتزوير (٤) .

وإذا كان مبدأ خضوع إجراءات تقديم الدليل لقانون القاضى يبدو بذلك واضحاً ، إلا ان تطبيق هذا المبدأ قد يثير مع ذلك صعوبات من العسير تجاهلها .

فبالنسبة للشهادة مثلاً فإن الخلاف حول المرجع فى تعيين من تقبل منهم الشهادة ، هل هو قانون القاضى أم قانون الموضوع .

(١) راجع فى تأكيد هذا الرأى فى فرنسا Huet . المرجع السابق ص ٣٢٠ .

(٢) Huet السابق رقم ٢٣ ورقم ٢٧٤ وما بعده .

(٣) أستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩١ .

(٤) Batiffol, Les Conflits de lois en matière de Contrats رسالة مقدمة

إلى جامعة باريس ١٩٣٨ ص ٣٧٦ وراجع أيضاً مؤلفه المطول رقم ٧٠٩ . وأنظر فى مصر

الدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩١ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٨٣ .

ويذهب البعض إلى القول بأن قانون الموضوع هو الذى يحدد من تقبل منهم الشهادة . فهذا القانون « الذى يعول عليه الخصوم عند نشوء العلاقة القانونية وليس من المعقول أن يفرض عليهم ان يلموا مقدماً فى هذا الوقت بحكم القانون فيمن تقبل منهم الشهادة فى قوانين مختلف البلاد التى يحتمل ان يجرى النزاع فى العلاقة لدى محاكمها » (١) .

وقد يؤيد هذا الحل أن المسألة تتعلق هنا بقبول الدليل (٢) ، وهى مسألة فصلنا من قبل إخضاعها للقانون الذى يحكم الموضوع (٣) .

ومع ذلك فنحن نميل الى القول مع جانب من الفقه بأن قانون القاضى هو المرجع فى بيان من تقبل منهم الشهادة ، لا على أساس أن الأمر يتعلق بالمرافعات ، وإنما لكون المسألة تتعلق بالدرجة الأولى باعتبارات عامة تمس النظام العام فى دولة القاضى . ولا شك ان هذه الإعتبارات تسمو فوق مصلحة الخصوم فى تطبيق القانون الذى يحكم الموضوع بدعوى أنه القانون الذى إرتكبنوا إليه عند نشأة العلاقة القانونية . فالقاعدة التى تحرم كل من الطبيب أو المحامى مثلاً من الشهادة على المعلومات التى وصلت إلى علمه أثناء قيامه بعمله تقوم على إعتبارات إجتماعية أمره من العسير تجاهلها . وعلى ذلك فلا يجوز للقاضى أن يقبل شهادة الطبيب أو المحامى فى هذه الحالة بدعوى ان القانون الذى يحكم الموضوع لا يمنع هؤلاء من إفشاء اسرار

(١) Arminjon مبروضاً فى مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٠٩ وأنظر أيضاً فى عرض هذا الإجماع Huet فى رسالته ص ٣٣٢ .

(٢) راجع فى هذا المعنى Batiffol, Les Conflits de lois en matière de Contrats الرسالة السابق الإشارة إليها ص ٣٧٥ مع ملاحظة أنه يرى إخضاع مسألة قبول الدليل لقانون القاضى على خلاف ما انتهينا إليه فى المتن .

(٣) راجع ما قبله رقم ٥٩ .

مهمتهم (١) .

وتثور صعوبة أخرى بالنسبة لأهلية الشاهد لأداء شهادته . ويرى البعض إخضاع أهلية الشاهد لقانون القاضي بوصفه القانون الواجب التطبيق على الإجراءات . وعلى ذلك فإذا كان الشاهد أهلاً وفقاً للقانون الأجنبي وغير أهل وفقاً لقانون القاضي فلا تجوز سماع شهادته ، باعتبار أن الأمر يتعلق أساساً بمدى الثقة في الشهادة المقدمة كدليل أمام القضاء (٢) .

ويفضل البعض الآخر الرجوع إلى القانون الذي يحكم العلاقة محل الشهادة . فهذا القانون هو الذي عول عليه الخصوم عند نشأة العلاقة القانونية . ومن ثم فلا يجوز مفاجئهم بعد ذلك بتطبيق قانون آخر يقضى بعدم أهلية الشهود رغم أن أحداً من الخصوم لم يتشكك في صلاحيتهم للشهادة عند نشأة العلاقة . وفي القول بغير ذلك مناهضة لمبدأ إستقرار المعاملات الدولية (٣) . ومهما كان الأمر فللقاضي بداهة وفقاً لهذا الرأي الأخرى إستبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق على أهلية الشاهد فيما لو تعارض تطبيقه مع النظام العام في دولته .

(١) راجع رسالة Huet رقم ٢٧٩ وراجع المادة ٦٦ من قانون الإثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . وأنظر أيضاً المادة ٦٥ من نفس هذا القانون والتي وضعت حكماً مماثلاً بالنسبة للموظفين والكلفين بجمعة عامة ، والمادة ٦٧ والتي تحظر إفشاء أسرار الزوجية . وراجع إليها ص ٣٧٥ . وهو يرى أن أساس تطبيق قانون القاضي بشأن من تقبل شهادتهم هو أن المسألة تتعلق بقبول الدليل ، وهي مسألة أخضعها الأستاذ الفرنسي لقانون القاضي هل نحو ما رأينا من قبل . ويؤكد جانب آخر من الفقه أن تحديد من تقبل شهادتهم هي مسألة « تتعلق بكيفية تكوين إعتقاد القاضي وهو مالا يمكن أن يخضع فيه لقانون أجنبي لئلا يكون المنازعة المطروحة لديه مشتملة على عنصر أجنبي وغاضمة لقانون أجنبي » راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٠٩ .

(٢) راجع Batiffol المطول رقم ٧٠٩ . وأنظر الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة السادسة ص ٨٠٩ ، ٨١٠ وهو يرى أن أهلية الشاهد تخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها بمجنيته .

(٣) راجع رسالة Huet السابق الإشارة إليها ص ٣٣٦ وهو يشير إلى أن هذا هو رأي Planiol et Ripert, Weiss .

٥٤ - الإنابة القضائية

قد تقتضى ظروف الدعوى إتخاذ إجراء معين خارج إقليم الدولة، مثل سماع أقوال شاهد في دولة أجنبية أو أداء عمل من أعمال الخبرة أو إجراء تحقيق أو حلف عيّن ... الخ . ويتحقق ذلك عن طريق الإنابة القضائية . وهناك طريقتين أساسيتين لتحقيق الإنابة، أولهما أن يلجأ القاضى في إتخاذ الإجراءات إلى تمثلى دولته الدبلوماسيين أو إلى قناصلها في الدولة المراد إتخاذ الإجراء فيها . ويشترط لذلك ان يكون القنصل أو الممثل الدبلوماسى مخولاً سلطة إتخاذ الإجراء المطلوب وفقاً لقوانين الدولة التى يتبعها ، وأن تسمح الدولة الأجنبية المعتمد فيها بمباشرة الإجراء في إقليمها (١) .

ويجب هذه الطريقة أن القنصل أو الممثل الدبلوماسى قد يفتقر إلى سلطة الإلجاء في الدولة المعتمد لديها ، فلا يستطيع مثلاً لإكراه شاهد على الحضور لسماع أقواله (٢) .

ولهذا تسود الطريقة الثانية وهى إنابة السلطة القضائية في الدولة الأجنبية المراد إتخاذ الإجراء فيها . ويتم تقديم طلب الإنابة بالطرق الدبلوماسية . فإذا قبل تقوم السلطة الأجنبية بإتخاذ الإجراء المطلوب وفقاً لقانونها ثم ترسل النتيجة الى الدولة التى طلبته (٣) .

ورغم أن الدولة التى يطلب من سلطاتها القيام بالإنابة غير ملزمة بأداء الإجراء المطلوب لما لها من سيادة مطلقة على إقليمها ، إلا أن العادة قد جرت

(١) راجع Batiffol المطول . طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٠٤ ص ٧٩٥ وما بعدها ورسالة Huef رقم ٢٩٢ وما بعده والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ٢١٢ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩١ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق ص ٨١١ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩١ .

(٣) راجع الدكتور شمس الدين الوكيل . المرجع السابق ص ١٩١ والدكتور عز الدين عبد الله ص ٨١٢ .

على تعاون الدول فيما بينها في هذا الخصوص . فلا شك أن كل دولة تسعى بمدى النفع الذى يعود عليها فيما لو تعاونت مع غيرها في تحقيق العدالة . فهى تهدف من وراء موافقتها على إتخاذ إجراء معين في إقليمها بناء على طلب السلطات القضائية في دولة أخرى إلى المعاملة بالمثل (١) .

بل ولعل شعور الكثير من دول العالم بأهمية التعاون في هذا المجال هو ما دعى بعضها إلى إبرام المعاهدات والاتفاقات الدولية المنظمة لكيفية تحقق الإنابة القضائية فيما بين الدول المتعاهدة . ولعل أهم المعاهدات في هذا الشأن هى معاهدة لاهاى المبرمة في أول مارس ١٩٥٤ والخاصة بقواعد المرافعات وتنظيم الإنابة القضائية . وتقضى نصوص المعاهدة بأن السلطة القضائية لكل من الدول المتعاهدة ملزمة بأداء الإنابة الصادرة إليها من دولة أخرى موقعة على المعاهدة . وهى لا تستطيع ان ترفض الإنابة إلا في حالات محددة كما لو كان تنفيذها ماساً بسيادة وسلامة الدولة صاحبة الإقليم المطلوب مباشرة الإنابة فيه (٢) .

ويلاحظ ان مجلس جامعة الدول العربية قد وافق في ١٤ سبتمبر ١٩٥٢ على إتفاق « الإعلاانات والإنابة القضائية » والتى وقعت عليها مصر سنة ١٩٥٣ وصدقت عليها خلال عام ١٩٥٤ (٣) . وتقضى المادة السادسة من المعاهدة على أنه « لكل من الدول المرتبطة بهذه الإتفاقية ان تطلب إلى أية

(١) ولهذا يؤكد الفقه أن أساس الإنابة القضائية هو فكرة المجاملة الدولية . راجع الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . ص ٨١١ .

(٢) وتلتزم بأحكام المعاهدة حالياً كل من فرنسا وألمانيا الإتحادية والنمسا وبلجيكا والبنامرك وفنلندا وإيطاليا ولكسمبورج والسويد والنرويج وهولندا وسويسرا . راجع : Rev.Crit. de droit int. Privé عدد ١٩٦٣ ص ١٣٩ وأنظر رسالة Huet ص ٣٤٨ .

(٣) وقد وقعت على هذه الإتفاقية أيضاً كل من الأردن ولبنان وسوريا والسعودية والعراق واليمن ، إنضمت إليها الكويت سنة ١٩٦٢ . راجع في ذلك مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨١٣ ، ٨١٤ .

دولة منها ان تباشر في أرضها نيابة عنها أى إجراء قضائى يتعلق بدعوى قيد النظر وذلك وفقاً لأحكام المادتين التاليتين « . وتنص المادة السابعة على أنه « يقدم طلب الإنابة القضائية بالطريق الدبلوماسى . . . » . وتنص المادة التاسعة على أنه « لا يجوز مطالبة رعايا الدولة طالبة الإجراء القضائى في بلد من بلاد الجامعة بتقديم رسم أو كفالة أو أمانة لا يلزم بها رعايا هذا البلد ، كذلك لا يجوز حرمانهم مما يتمتع به هؤلاء من حق المساعدة القضائية أو الإعفاء من الرسوم القضائية » .

٥٥ - خامساً : الحكم في الدعوى وآثاره

والمقصود هنا هو آثار الحكم الصادر في دعوى تتضمن عنصراً أجنبياً . وآثار الحكم في هذا المجال هي آثاره ؛ دولة القاضى الذى أصدره . أما آثار الحكم في دولة أخرى فهي مسألة تنظامها القواعد الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية على نحو ما سترى في الباب التالى من هذه الدراسة . كذلك فإن دراستنا هنا لا تنصب على آثار الحكم فيما يقضى به في شأن الموضوع ، وإنما يقتصر البحث على آثار الحكم كإجراء من إجراءات المرافعات (١) .

وفي هذه الحدود فلا صعوبة في تكليف الحكم ، فهو بلا شك من مسائل المرافعات التى تخضع لقانون القاضى . فهذا القانون هو الذى يبين كيفية النطق بالحكم ، وتسليمه ، وتحريره ، وبياناته ، وطرق إعلانه (٢) . كذلك فإن قانون القاضى هو الذى يبين حجية الحكم من حيث الأشخاص ، هل هي حجية مطلقة ، أم مجرد حجية قاصرة على الخصوم ، وهل تقتصر الحجية على المتطوق أم على المتطوق والأسباب (٣) .

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ٢٠٢١ .

(٢) راجع الدكتور شمس الدين الوكيل . السابق ص ١٩٣ .

(٣) راجع Batiffol الملوك . طبعة ١٩٦٧ رقم ٧١٠ .

ويعتبر من مسائل الاجراءات التي تخضع لقانون القاضى أيضاً طرق الطعن فى الحكم ، ومواعيده ، وسقوط الحكم بالتقادم (١) . كما يسرى قانون القاضى فى شأن مدى إمكان ترتيب رهن قضائى أو حق إختصاص به (٢) .

ولا يقتصر إختصاص قانون القاضى على الأحكام الصادرة عن المحاكم بما لها من سلطة قضائية ، بل يمتد هذا الإختصاص أيضاً الى الأوامر التى تصدرها بما لها من سلطة ولائية (٣) .

٥٦ - سادساً : اجراءات التنفيذ

تخضع إجراءات التنفيذ لقانون الدولة التى تباشر فيها هذه الإجراءات . وعلى ذلك فلقانون دولة التنفيذ هو الذى يسرى فى شأن الشروط التى يجب ان تتوافر فى الحكم أو السند حتى يكون قابلاً للتنفيذ على نحو ما سئرى فى الباب التالى من هذه الدراسة . ونكتفى هنا بالإشارة إلى أن اساس هذا الحل هو أن السلطة العامة التى تتولى لإجراءات التنفيذ لا يمكن ان تباشر هذه الإجراءات إلا وفقاً لقانونها (٤) .

(١) Batiffol . المرجع السابق رقم ٧١٠ والدكتور شمس الدين الوكيل من ١٩٣ . ويشير الأستاذ باتيفول إلى أن مسألة ما إذا كان الحكم كاشفاً للحق أو منشئاً له تعد من المسائل الموضوعية التى تخضع للقانون الذى يحكم الحق موضوع النزاع . وأنظر فى تأكيد هذا المعنى فى مصر : الدكتور منصور مصطفى منصور . المرجع السابق ص ٣٨٤ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . رقم ٢١١ . وسئرى فيما بعد أنه لا يجوز الاعتراف فى مصر بالرهن القضائى المترتب على الحكم الأجنبى بقوة القانون لأنه يعتبر من ضمانات التنفيذ التى تخضع دائماً لقانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها . ولهذا فانه يجوز لمن صدر الحكم الأجنبى لصالحه ان يطلب تقرير حق إختصاص على أموال المحكوم عليه الكائنة فى مصر بعد شمول الحكم للأمر بالتنفيذ وفقاً لأحكام القانون المصرى ، ولو كان قانون الدولة التى صدر الحكم عن محاكمها لا يبيح تقرير حق الإختصاص .

(٣) الدكتور منصور مصطفى منصور من ٣٨٤ والدكتور شمس الدين الوكيل من ١٩٣ .

(٤) راجع Batiffol المطول رقم ٧١٠ والدكتور منصور مصطفى منصور من ٣٨٤ .

الباب الثالث

آثار الأحكام الأجنبية

٥٧ - وضع المسألة وتحديد نطاق البحث

يتنازع الإعراف بآثار الأحكام الأجنبية في الدولة إعتباران أساسيان :
أولها : أن الإعراف غير المقيد بآثار الأحكام الأجنبية في الدولة ، ومعاملتها بالتالي معاملة الأحكام الوطنية ، يتنافى لاشك مع مبدأ سيادة الدولة . إذ أن الإعراف غير المشروط بالحكم الأجنبي يتضمن معنى الخضوع لسيادة الدولة التي صدر هذا الحكم عن محاكمها ، وهو ما يتنافى في النهاية مع إعتبرات السيادة (١) .

وثانيها : أن إنكار الإعراف بآثار الأحكام الأجنبية بصفة مطلقة يتعارض مع حاجة المعاملات الدولية ، لأنه يعوق تطور العلاقات التجارية والإقتصادية ، وهو ما يؤدي في النهاية إلى إضطراب المعاملات بين الأفراد (٢) .

ولهذا فقد كان طبيعيا أن توفق غالبية دول العالم ومن بينها مصر بين هذين الإعتبارين ، فتعترف بآثار الأحكام الأجنبية ولكن بشروط وقيد معينة هي موضع الدراسة في هذا الباب .

(١) راجع Batiffol المجلد رقم ٧٢٠ .

(٢) راجع ذلك P. Fragistas, La reconnaissance des jugements étrangers
دروس ملقاة في الكلية الدولية للقانون. المقارن (جل الآلة الكتابية) . ملسكي ١٩٦١ ص ٢٤
وأنظر في مصر الدكتور فؤاد رياض . المرجع السابق ص ٤٩٤ .

ونود من البداية أن نشير إلى أن دراستنا هذه ستنصب على آثار الأحكام الأجنبية في مصر . ولذلك فانه يحسن قبل أن نتولى دراسة هذه الآثار أن نبدأ بتحديد المقصود بالأحكام الأجنبية التي ستكون موضوعا لهذا البحث .

(أ) وأول ما يلاحظ في هذا الخصوص هو أن المقصود بالحكم الأجنبي هو الحكم الصادر عن سلطة عامة تمارس وظيفتها وفقاً للنظام القانوني السائد في دولة معينة . والغالب أن تكون هذه السلطة هي السلطة القضائية في الدولة الأجنبية . ومع ذلك فليس هناك ما يمنع من أن تكون السلطة العامة التي أصدرت الحكم مجرد هيئة إدارية أو دينية في دولة ما ، ما دامت هذه الهيئة قد خولت لإختصاصات السلطة القضائية في إصدار الأحكام في بعض المنارات وفقاً لقانون الدولة التي تتبعها (١) .

فليس العبرة إذن بالوظيفة المعتادة التي تمارسها الهيئة التي أصدرت الحكم ، وإنما يكفي أن تكون الهيئة المذكورة تملك سلطة القضاء في النزاع محل البحث وفقاً لقانون الدولة التي تتبعها (٢) .

(ب) والأصل في مصر هو أن لإصطلاح الأحكام يصدق على كل قرار صادر عن الجهات التي تتولى القضاء في خصومة أو في غير خصومة ولو لم يكن فاصلاً في النزاع .

(١) راجع Fragistas المرجع السابق. بل وإن القضاء الفرنسي قد منح الأمر بتنفيذ القرارات الصادرة عن البرلمان الكنتي بإيقاع الطلاق ، مادام أن القانون الكنتي قد منح السلطة التشريعية الإختصاص بالفصل في الطلاق بمقتضى قوانين خاصة . راجع في ذلك Bellet, La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière d'exécution des jugements étrangers.

تقرير مقدم إلى اللجنة الفرنسية لقانون الدولي الخاص في ١٣ مارس ١٩٦٤ ومنشور في أعمال اللجنة ١٩٦٢ - ١٩٦٤ ص ٢٥٢ وما بعدها .

(٢) راجع Bellet في تقريره أمام اللجنة الفرنسية لقانون الدولي الخاص السابق الإشارة إليه و Fragistas السابق ص ٦٩ ، ٧٠ .

وعلى هذا النحو فإن اصطلاح الأحكام في مصر يشمل الأحكام الفاصلة في النزاع . كما يشمل أيضاً القرارات الصادرة عن المحاكم بمقتضى سلطتها الولاية (١) .

ويميل الفقه عادة، في غالبية دول العالم، إلى فصل مشكلة الإعراف بآثار القرارات الصادرة عن المحاكم الأجنبية بمقتضى وظيفتها الولاية عن دراسة آثار الأحكام الأجنبية ، لما لهذه القرارات من طبيعة خاصة تقتضى تخصيص قواعد مستقلة لها (٢) .

ودون أن ندخل في تفاصيل هذه المشكلة التي تقتضى دراساتها بحثاً مستقلاً ، نكتفى بالإشارة هنا إلى أن المشرع المصري قد أخضع تنفيذ الأوامر الصادرة عن المحاكم الأجنبية بمقتضى سلطتها الولاية لنفس الشروط التي قررها بالنسبة للأحكام الأجنبية (راجع المواد ٢٩٦ ، ٢٩٨ من قانون المرافعات) . ومن ثم فما ستعرض له في هذا الباب من دراسة لآثار الأحكام الأجنبية في مصر يصدق بالمثل على الأوامر الأجنبية .

(ح) وإذا كان المقصود بالحكم الأجنبي هو الحكم الصادر عن سلطة عامة تمارس وظيفتها القضائية وفقاً للنظام القانوني السائد في دولة معينة ، فإن النتيجة المترتبة على ذلك هي إستبعاد الأحكام الصادرة عن المحاكم الدولية مثل محكمة العدل الدولية بلاهاى أو محكمة العدل التابعة للجنة الأوروبية للفحم والصلب ... الخ . فدى الإعراف بآثار الأحكام الصادرة عن

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ٢١٥ .

(٢) راجع بصفة خاصة : Motulsky, Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé. تقرير مقدم إلى اللجنة الفرنسية لقانون الدول الخاص في ٣١ مارس ١٩٥٠ ومنشور بأعمال اللجنة ١٩٤٨ - ١٩٥٢ ص ١٣ و١ بملها .

القضاء الدولي هي دراسة تخرج عن نطاق هذا البحث (١) .

(٥) وما دمنا قد حددنا نطاق هذه الدراسة في إطار الآثار المترتبة على الأحكام الصادرة عن هيئة عامة تملك سلطة القضاء في دولة معينة ، فنحن نستبعد بذلك - وبصفة خاصة - دراسة آثار أحكام المحكمين الأجبية .

حقاً إن المشرع المصري قد إشتراط لتنفيذ أحكام المحكمين الأجبية نفس الشروط التي إستلزمها لتنفيذ الأحكام الأجبية فيما علما ما يتعارض منها مع طبيعة حكم المحكمين (٢) ، إلا أننا نعتقد مع ذلك أن الفهم الصحيح لآثار أحكام المحكمين الأجبية بوجه عام يقتضى التعرض للإتجاهات الفقهية المتباينة في شأن طبيعة هذه الأحكام ، وهو ما لا تتسع له دراستنا المحددة في هذا الكتاب (٣) .

(٥) ولاعتبارات مشابهة فنحن لا ننوى التعرض هنا للدراسة آثار السندات الأجبية في مصر . ونكتفي هنا بالإشارة إلى أن المشرع المصري قد حدد في المادة ٣٠٠ من قانون المرافعات شروط تنفيذ السندات الرسمية في مصر، مراعيًا ذات المبادئ التي إتبعها بالنسبة للأحكام الأجبية فيما لا يتعارض مع الطبيعة الخاصة لهذه السندات وصفتها التعاقدية (٤) .

(١) راجع Fragistas المرجع السابق ص ٦ . وهو يشير إلى أن الأمر قد لا يثير صعوبة إذا ما طلب الإحتراف بآثار الحكم الدولى في إحدى الدول الموقعة على المعاهدة التي أنشأت المحكمة التي أصدرت الحكم . إذ تنص المعاهدة عادة على الإجراءات الواجبة الإتباع في هذه الحالة . وإنما يبق الأمر فيما لو لم تنص المعاهدة على الإجراءات الواجب الإتباع أو طلب تنفيذ الحكم في دولة غير موقعة على المعاهدة التي تمارس المحكمة الدولية سلطاتها على أساسها .

(٢) راجع في هذا الموضوع مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . رقم ٢٢٨ وأنظر المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات الجديد والمقابلة للمادة ٤٩٤ من القانون القديم .

(٣) أنظر في دراسة مقارنة لهذا الموضوع: Ch. Carabiber, L'arbitrage international: de droit privé. Paris 1960, pp. 93-132.

(٤) راجع في الفقه المصري بصفة خاصة : الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة رقم ٢٢٩ .

(و) يبقى لنا في النهاية أن نبين متى يعتبر الحكم أجنبيا .

والرأى السائد في كل من مصر وبلاد القارة الأوروبية هو أن الحكم يعتبر أجنبيا إذا كان صادرا باسم سيادة أجنبية بصرف النظر عن مكان صدور الحكم (١) .

فالحكم الصادر من المحاكم القنصلية الأجنبية التي كانت موجودة في مصر يعد حكما أجنبيا رغم صدوره في مصر ، باعتبار أنه قد صدر باسم سلطان دولة أجنبية (٢) .

ولا يختلف الأمر في بلاد القارة الأوروبية حيث ينتسب الحكم الصادر عن المحاكم القنصلية للدولة التي تتبعها هذه المحاكم وليس للدولة التي إنعقدت هذه المحاكم في إقليمها (٣) .

ومن جهة أخرى حكم في فرنسا بأن الأحكام الصادرة في المستعمرات الفرنسية فيما وراء البحار لا تعد أحكاما أجنبية ، لأنها صادرة باسم السيادة الفرنسية (٤) .

وتطبيقا لنفس هذا المعيار فإن الأحكام الصادرة من محاكم ولاية أو مقاطعة معينة في الدول المركبة مثل سويسرا لا تعتبر أحكاما أجنبية بالنسبة للولايات الأخرى ، ومن ثم فإن دراسة آثارها في خارج الولاية التي صدر

(١) راجع Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn الموجز رقم ٤١٧

و Fragistas السابق ص ٧ وأنظر في مصر الدكتور فؤاد رياض . السابق ص ٤٩٢ .

(٢) الدكتور فؤاد رياض . السابق ص ٤٩٢ .

(٣) Fragistas . المرجع السابق ص ٧ .

(٤) Fragistas المرجع السابق .

الحكم عن محاكمها تخرج عن نطاق هذه الدراسة (١) .

والوضع يختلف تماما في البلاد الأنجلو سكسونية حيث لا تتحدد الصفة الأجنبية للحكم وفقاً لمعيار السيادة ، وإنما يعد الحكم أجنبياً من عدمه بالنظر إلى مكان صدوره .

وعلى ذلك حكم في إنجلترا بأن الأحكام الصادرة من محاكم المستعمرات البريطانية تعد أحكاماً أجنبية رغم صدورها باسم السيادة البريطانية . وبالمثل فإن الأحكام الصادرة عن محاكم اسكتلندا وإيرلندا الشمالية تعد هي الأخرى أحكاماً أجنبية في إنجلترا (٢) .

وأخذنا بنفس هذا المعيار في الولايات المتحدة الأمريكية فإن الأحكام الصادرة من محاكم ولاية معينة تعد أجنبية بالنسبة للولايات الأخرى (٣) .

(ز) ودراستنا على النحو الذى حددناه ستنصب على الأحكام الأجنبية الصادرة في منازعات تتعلق بالقانون الخاص ، كالمنازعات التى تخضع للقانون المدنى أو التجارى (٤) .

(١) وتثور الصعوبة بالنسبة للأحكام الصادرة في إقليم تنازلت عنه الدولة بعد ذلك وضم إلى دولة أخرى . والرأى الراجح هو أن الحكم الذى صدر باسم سيادة معينة يظل متبياً إلى الدولة صاحبة الإقليم عند صدوره ولو إنتقل الإقليم بعد ذلك إلى سيادة دولة أخرى . فالوضع هنا يختلف عما عليه الحال بالنسبة للقوانين السائدة في الإقليم الذى تم التنازل عنه ، حيث تعتبر هذه القوانين صادرة عن الدولة التى ضم إليها الإقليم فور إتخاذ إجراءات الضم ما دامت الدولة الجديدة لم تقم بإلغاء القوانين التى كانت سارية من قبل في هذا الإقليم . راجع في ذلك *Fragistas* المرجع السابق ص ٨ .

(٢) *Fragistas* السابق ص ٨ .

(٣) *Fragistas* . السابق ص ٨ .

(٤) راجع تقرير *Bellet* المقدم إلى اللجنة الفرنسية لقانون الدول الخاص والسابق الإشارة إليه ص ٢٥٣ . وهو يشير إلى أنه يتعين بداهة أن يكون النزاع الذى صدر الحكم الأجنبى في شأنه ما يدخل في اختصاص المحاكم القضائية في الدولة المراد تنفيذ الحكم الأجنبى فيها .

أما المنازعات المتعلقة بالقانون العام، كما هو الشأن بالنسبة للدعاوى الجنائية والإدارية، فهي تخضع كأصل عام لمبدأ الإقليمية البحتة ولا تتعدى آثارها حدود الدولة التي صدر الحكم باسمها .

والعبرة في هذا الصدد هي بطبيعة الحكم وليست بالجهة القضائية التي أصدرته .

وعلى ذلك فالحكم بتعويض مدني في دعوى جنائية يعتبر حكما مدنيا رغم صدورهِ من محكمة جنائية . وعلى العكس فإن الحكم بالغرامة لا يعد حكما مدنيا حتى لو كان صادرا من محكمة مدنية (١) .

أما وقد حددنا المقصود بالأحكام الأجنبية في هذه الدراسة، فعلينا ان نتصدي بعد ذلك لآثارها في مصر ، وهو ما سنتولى بحثه في الفقرات التالية .

٥٨ - تقسيم

الأصل أن للحكم القضائي الصادر عن المحاكم الوطنية أثران :

أولها : هو القوة التنفيذية للحكم والتي يمكن للدائن المحكوم له بمقتضاها أن يتخذ اجراءات التنفيذ الجبري في مواجهة مدينه .

وثانيها : هو حجية الشيء المقضي به . وبمقتضاها يصبح الحكم عنوانا للحقيقة ولا يصبح طرح النزاع الذي صدر الحكم في شأنه مرة أخرى أمام نفس الدرجة القضائية .

ويبدو بذلك أن نراسة آثار الأحكام الأجنبية تقتضي أساسا البحث في مدى تمتع الحكم الأجنبي في مصر بالقوة التنفيذية من جهة ، ومدى حجيته من جهة أخرى .

(١)راجع Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn الموجز رقم ٢١٨ و Fragistas ،

ص ٧ والدكتور فؤاد رياض ص ٤٩٢ .

وسنبدأ أولاً بدراسة القوة التنفيذية للأحكام الأجنبية، وهو الوجه الإيجابي
لنفاذ هذه الأحكام في مصر .

ثم نتطرق بعد ذلك للدراسة الوجه السلبي لنفاذ الأحكام الأجنبية في مصر ،
وهو مدى تمتعها بحجية الشيء المحكوم فيه .

وسنرى فيما بعد ان تخلف الشروط الأساسية اللازمة لتمتع الحكم الأجنبي
بحجية الشيء المحكوم فيه لا يحول مع ذلك دون امكان التمسك بهذا الحكم
كدليل في الاثبات . بل ان الحكم الأجنبي الذي صدر ونفذ في الخارج يعد
واقعة لا يجوز للقضاء الوطني تجاهلها .

وعلى ذلك نقسم الدراسة في هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول : في القوة التنفيذية للأحكام الأجنبية .

والفصل الثاني : في الآثار الأخرى للأحكام الأجنبية .

الفصل الأول

القوة التنفيذية للأحكام الأجنبية

٥١ - الاتجاهات المختلفة في تنفيذ الأحكام الأجنبية

مضت الإشارة إلى أن الاعتراف غير المقيد بآثار الأحكام الأجنبية يتنافى مع مبدأ سيادة الدولة . وقد كان هذا الاعتبار على ما يبدو هو ما دفع بعض الدول إلى منع تنفيذ الأحكام الأجنبية ، فاستلزمت من صاحب المصلحة رفع دعوى جديدة أمام محاكمها للمطالبة بالحق الذي قرره له القضاء الأجنبي (١) .

ومع ذلك فقد رأينا أن رفض الاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية بصفة مطلقة على النحو السالف يتعارض مع حاجة المعاملات الدولية .

ولهذا استقرت غالبية دول العالم على السماح بتنفيذ الأحكام الأجنبية ولكن بشروط وقيود معينة .

ومع اتفاق هذه الدول على ضرورة التوفيق بين مبدأ السيادة من جهة ، وحاجة المعاملات الدولية من جهة أخرى ، إلا أنها اختلفت فيما بينها حول وسيلة هذا التوفيق .

وتنحصر وسائل تنفيذ الأحكام الأجنبية المعترف بها دولياً في وسيلتين أساسيتين :

الوسيلة الأولى : وقد اتبعتها إنجلترا ومن سار على نهجها من الدول .

(١) وهذا هو النظام السائد في السويد مثلاً : راجع Armington ج ٣ ص ٢٧٢ هامش (١) .

ويستلزم هذا الاتجاه رفع دعوى جديدة للمطالبة بالحقوق الذى أقره الحكم الأجنبي ، على أن يعتبر هذا الحكم دليلا في الدعوى لا يقبل اثبات العكس . ويلاحظ أن الاتجاه السالف ، وباستلزامه رفع دعوى جديدة للمطالبة بالحقوق محل النزاع ، قد حافظ بذلك على مبدأ سيادة الدولة من حيث الشكل . أما من حيث الواقع فإن هذا النظام يكاد يعترف بطريقة غير مباشرة بآثار الحكم الأجنبي كاملة . ذلك أن القضاء الوطنى لا يستطيع في هذه الحالة مراقبة مدى سلامة الحكم الأجنبي من الوجهة الموضوعية ما دام أن الشروط الشكلية المطلوبة لتنفيذ الحكم قد توافرت (١) .

الوسيلة الثانية : وهى الوسيلة التى اتبعها فرنسا وكافة الدول التى تأثرت بنظامها القانونى ومن بينها مصر . ومضى هذه الوسيلة أنه يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي بشرط ان تقوم المحاكم الوطنية بفحصه أولا ثم اصدار أمرهسا بتنفيذه اذا تبين لها توافر الشروط التى يتطلبها القانون .

والدول التى تأخذ بهذا الاتجاه الأخير تختلف فيما بينها حول مدى السلطة الممنوحة للقضاء الوطنى في فحص الحكم الأجنبي عند التفرع في طلب الأمر بتنفيذه وذلك على النحو التالى (٢) :

١ - فهناك من الدول من يأخذ بنظام المراقبة *Systeme de controle* ،

بمعنى ان القاضي لا يتصلد لموضوع النزاع الذى فصل فيه القضاء الأجنبي ،

(١) راجع في هذا الموضوع بصفة خاصة :

Dr. F. Riad, Foreign Jurisdictional acts — A comparative study with special reference to the common Law System.

بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولى - المجلد ١٢ ج ٢ ، ١٩٥٦ ص ١ وما بعدها وبصفة خاصة ص ٤ وما بعدها .

(٢) راجع عرض هذه الاتجاهات في محمد كمال فهمى ص ٥٢٣ و Arminjon السابق

رقم ٢٨٠ .

وانما يكتفى بمراقبة مدى استيفاء الحكم الأجنبي لبعض الشروط الأساسية اللازمة لصحته من الوجهة الدولية، كأن يكون صادرا عن محكمة مختصة واتبعت في شأنه اجراءات صحيحة . وتستلزم بعض الدول المتتقة لهذا الاتجاه، فوق ذلك، أن يكون الحكم الأجنبي قد طبق على موضوع الدعوى القانون المختص ، كما هو الحال في فرنسا (١) .

وقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية أخيرا على الأخذ بهذا الاتجاه مقتضى حكمها الصادر في ٧ يناير ١٩٦٤ (٢) .

٢ - أما الاتجاه الثاني فهو اتجاه الدول التي تأخذ بنظام المراجعة *Système de révision* . وينحول هذا الاتجاه للقاضي الوطني سلطات أوسع في فحص الحكم الأجنبي . فلا يكتفى القاضي الوطني وفقاً لهذا المذهب بمراقبة مدى استيفاء الحكم الأجنبي للشروط الأساسية اللازمة لصحته ، بل يكون له فوق ذلك أن يراقب الحكم في تقديره للوقائع، وسلامة تطبيقه لقواعد القانون . وعلى هذا النحو، ينحول هذا النظام للقضاء الوطني سلطة تعديل الحكم الأجنبي .

(١) راجع ما بعده

(٢) راجع الحكم منشوراً في *Rev. cirt* ١٩٦٤ ص ٣٤٤ مع تعليق *Batiffol* . وقد أكدت المحكمة في حكمها أنه يحق للقاضي أن يمنح الأمر بالتنفيذ مادام أنه قد تحقق من توافر الشروط الأساسية اللازمة لتنفيذ الأحكام الأجنبية ، والتي ستعرض لها فيما بعد (راجع ما بعده رقم ٦٧ وما يليه) ، ففي ذلك ما يكفي لحماية النظام القانوني الفرنسي والمصالح الفرنسية . وقد سبق لهكمة باريس أن مهدت الطريق أمام القضاء الفرنسي للأخذ بنظام المراقبة في حكمها الصادر في ٢٧ أكتوبر ١٩٥٥ (منشور في *Rev. cirt* ١٩٥٥ ص ٧٦٩ مع تعليق *Batiffol*) . بل وأن محكمة النقض الفرنسية ذاتها قد أنصحت عن نيتها في إعتناق هذا الاتجاه في حكمها الصادر في ٨ يناير ١٩٦٣ ، وإن كان الفقه قد تحفظ في شأن هذا الحكم لصعوره في مواد الأحوال الشخصية بصفة خاصة ، ومن ثم فلم يكن تعبيراً عن قاعدة عامة كما هو الحال بالنسبة لحكم ١٩٦٤ . راجع نقض فرنسي ٨ يناير ١٩٦٣ *Rev. cirt* ١٩٦٣ ص ١٠٩ . وأنظر في ذلك أيضاً مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٤٩ هامش (٢) .

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها القديمة بهذا الاتجاه (١).

٣- وتتخذ بعض الدول موقفا وسطا بين الاتجاهين السابقين فتتيح لمحاكمها، بالإضافة الى مراقبة الشروط الأساسية ، التعرض لموضوع الحكم الأجنبي دون تعديله .

ويسمى هذا الاتجاه بنظام المراقبة غير المحدودة (٢) *Système de contrôle illimité* أو نظام المراجعة المحدودة الهدف *Système de révision au Fond à but limité* (٣). وهو يختلف عن نظام المراقبة في أنه لا يخول للقضاء الوطني سلطة التأكد من استيفاء الحكم الأجنبي للشروط الأساسية فقط ، بل يمكنه أيضا من التصدي لموضوع الحكم بصفة شاملة . ومن جهة أخرى فإن هذا المذهب يختلف عن نظام المراجعة في أنه لا يخول للقاضي الوطني سلطة تعديل الحكم الأجنبي اذا ما تبين عدم سلامته من الوجهة الموضوعية ، وإنما يكون له فقط أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبي في هذه الحالة .

وكان قضاء محكمة النقض الفرنسية قد استقر على الأخذ بهذا الاتجاه أمدا طويلا ، وهو ما عبرت عنه المحكمة بقولها ان دور القاضي عند نظر طلب الأمر بالتنفيذ ينحصر في « الحكم على الحكم الأجنبي » (٤) .

(١) راجع Lerebours-Pigenniere et Loussouarn الموجز رقم ٤٢١ .

(٢) راجع Niboyet المطول ج ٦ رقم ١٩٦٨ .

(٣) راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٥٩ ص ٨٥٨ . ويبدو أن جانبا من الفقه الفرنسي الحديث قد جرى في النهاية على تسمية هذا النظام بـ « نظام المراجعة » *Système de révision* وهو ما يتضمن خلطا واضحا بين النظام محل البحث ونظام المراجعة بالمعنى الدقيق والسابق عرضه في المتن . ولذا يقرر البعض بحق أن نظام المراجعة على النحو الذي انتهى إليه الفقه « هو في الحقيقة نظام المراقبة غير المحدودة » . راجع في ذلك مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة . ص ٨٤٨ .

(٤) Lerebours-Pigenniere السابق ص ٥١٢ . ويفرق القانونيون اليوناني بين الحكم الأجنبي الصادر ضد أحد الوطنيين وبين الحكم الصادر ضد أجنبي . ففي الحالة الأولى يمكن للقاضي مراجعة الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في اليونان من الوجهة الموضوعية ، بينما لا يجوز له ذلك في الحالة الثانية . راجع Fragistas المرجع السابق ص ٢٥ .

ومع ذلك فقد هجرت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه ، واستقرت ،
في قضائها الحديث ، على الأخذ « بنظام المراقبة » على نحو ما بينا من قبل .

ولا شك عندنا في سلامة هذا الاتجاه ، ذلك ان كل من « نظام المراجعة »
و « نظام المراقبة غير المحدودة » ، بما يحوله للقاضي من سلطة مراجعة
الأحكام الأجنبية من الوجهة الموضوعية ، يتضمن إهداراً للقيمة الدولية
لهذه الأحكام ، كما أنه يعرض القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ لتقدير
الوقائع والظروف الملازمة للدعوى رغم وقوعها في الخارج (١) .

٦٠ - موقف المشرع المصري - جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية بأمر التنفيذ
ولكن بشرط التبادل

أجاز المشرع المصري بصفة مبدئية لموقف الدول التي تبيح تنفيذ الأحكام
الأجنبية بعد فحصها بمعرفة القضاء الوطني ومنحها الأمر بالتنفيذ . ولكن
المشرع لم يتخذ اتجاهًا محددًا بالنسبة لسلطة القاضي عند فحص الأحكام
الأجنبية . وإنما علق الأمر بالتنفيذ على شرط التبادل . بمعنى أن سلطة القاضي
في فحص الحكم الأجنبي تتحدد وفقاً للمعاملة التي يلقاها الحكم المصري
في الدولة التي صدر الحكم الأجنبي عن قضائها .

ومع ذلك فقد استلزم المشرع المصري في جميع الأحوال ان توافر
شروط معينة في الحكم الأجنبي حتى يمكن الأمر بتنفيذه في مصر . وتشكل
هذه الشروط - والتي أسماها الفقه المصري بالشروط الخارجية أو الشكلية
للحكم - الحد الأدنى الذي يجب توافره في الحكم الأجنبي بوصفها « شروط
أساسية تلزم لصحة الحكم من الوجهة الدولية » (٢) .

(١) وقد سبق لمحنة باريس أن وجهت هذا النقد إلى نظام المراجعة في حكمها الصادر في ٢١
أكتوبر ١٩٥٥ السابق الإشارة إليه والمنشور في Rev. crit. ١٩٥٥ ص ٧٦٩ مع تعليق
Batiffol . وراجع أيضا Batiffol الطول طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٢٩ ص ٨٢٢ والدكتور
عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٨٤٨ .

(٢) أستاذنا الدكتور شمس الدين الركيل - المرجع السابق ص ١٩٧ .

٦١ - تقسيم

وستعرض فيما يلي لشرط التبادل . ثم نتطرق بعده للدراسة الشروط الأساسية اللازمة لامكان تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر . ونختتم نخشنا ببيان اجراءات طلب الأمر بالتنفيذ .

أولاً : شرط التبادل

٦٢ - المقصود بشرط التبادل

نصت المادة ٢٩٦ من قانون المرافعات على أن « الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه » (١) .

ومؤدى النص السابق أن من واجب القاضى ان يتحرى عند نظر الطلب المقدم من صاحب المصلحة لتنفيذ الحكم الأجنبي من المعاملة التى يلقاها الحكم المصرى فى الدولة التى صدر الحكم الأجنبي عن محاكمها اذا ما طلب تنفيذ الحكم المصرى فيها . وعلى هذا النحو يسمح القاضى المصرى بتنفيذ الحكم الأجنبى بنفس القدر ونفس الشروط التى ينفذ بها الحكم المصرى فى الدولة الأجنبية .

فاذا كانت الدولة الأجنبية تشترط رفع دعوى جديدة لتقرير الحق المحكوم به من القضاء المصرى على أن يقوم الحكم المصرى كدليل يقبل انبات العكس كما هو الشأن فى الدول الاسكندنافية ، فانه يتعين على القاضى المصرى أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبي فى هذه الحالة . ويكون للمحكوم

(١) والمقابلة المادة ٤٩١ من القانون القديم . وتأخذ كل من ألمانيا والنمسا مبدأ التبادل كشرط لتنفيذ الأحكام الأجنبية . راجع فى ذلك :

Fragistas, La reconnaissance des jugements étrangers op Cit. p. 28.

له ان يرفع دعوى جديدة أمام القضاء المصرى للمطالبة بحقه . وتخص
المحاكم المصرية بهذه الدعوى ولو لم تكن داخلة فى اختصاصها أصلاً طبقاً
للمبادئ العامة التى أشرنا إليها فى الباب السابق ، وذلك « حتى لا يحرم من
يتمسك بالحكم الأجنبى من استيفاء حقه بالطرق المعتادة بعد ان استحال
عليه تنفيذ الحكم » (١) .

وإذا كانت الدولة الأجنبية تقبل تنفيذ الحكم المصرى بشرط أن تقوم
بمحاكمها بفحصه من الوجهة الموضوعية وفقاً للمذهب المراقبة غير المحدودة ،
فان على القاضى المصرى أن يسلك نفس هذا المسلك إزاء الحكم الأجنبى
الصادر عن محاكم هذه الدولة والمطلوب تنفيذه فى مصر لىتمى الى السماح
بتنفيذه أو رفض هذا التنفيذ .

وقد اختلف الفقه فى مصر حول حدود سلطة القضاء المصرى بمقتضى
شرط التبادل اذا ما كانت محاكم الدولة الأجنبية المراد تنفيذ حكمها فى مصر
تعتنق مذهب « المراجعة » وتسمح لنفسها بتعديل الحكم المصرى بعد مراجعته
موضوعياً .

ويذهب البعض الى أن من حق القضاء المصرى ان يعدل الحكم الأجنبى
المراد تنفيذه فى مصر فى هذه الحالة بعد مراجعته من الوجهة الموضوعية (٢) .
وحن نميل مع البعض الآخر الى القول بأن من واجب القاضى أن يفحص
موضوع الحكم الأجنبى فى هذا الفرض ثم يأمر بتنفيذه أو يرفض السماح
بتنفيذه على حسب الأحوال . ولكن لا يجوز له — حتى اذا كان القضاء
الأجنبى يعتنق مذهب المراجعة — ان يقوم بتعديل الحكم الأجنبى . فدعوى
الأمر بالتنفيذ ليست دعوى جديدة فى القانون المصرى ، وانما ينحصر

(١) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٢٤ .

(٢) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٣٥ .

موضوعها في طلب تنفيذ الحكم الأجنبي (١) . ويؤيد هذا النظر ان المستقر عليه في شأن هذه الدعوى هو أنه لو جاز للمدعى عليه أن يبدى وسائل دفاع جديدة اذا ما تصدى القاضى لموضوع الدعوى ، فليس له أن يبدى أى طلبات جديدة (٢) .

وعلى ذلك فلو رفض القاضى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي بعد مراجعته موضوعيا فليس أمام صاحب المصلحة سوى رفع دعوى مبتدأة بحقه يكون لحصمه فيها بداهة أن يبدى طلبات جديدة .

والواقع أن هذا الحل لا يتفق مع التصوير المصرى لدعوى طلب الأمر بالتنفيذ فقط ، بل انه يؤدى — فوق ذلك — الى تحقيق العدالة على نحو أفضل . فسرى فيما بعد ان اعمال شرط التبادل قد يؤدى بالقاضى المصرى الى التأكد من كون المحكمة الأجنبية قد طبقت على النزاع القانون المختص وفقاً لقواعد الاسناد المصرية . فلو افترضنا ان الحكم الأجنبي قد طبق قانونا غير ذلك الذى تشير قاعدة الاسناد المصرية باختصاصه ، فان السماح للقاضى المصرى بتطبيق القانون المختص على واقعة الدعوى في هذه الحالة ، ثم تعديل الحكم الأجنبي بناء على ذلك ، قد يضر بمصلحة الخصوم دون مبرر . اذ قد تقتضى مصلحتهم أن يعدلوا من طلباتهم بما يتمشى مع أحكام القانون الواجب التطبيق ، وهو مالا يتأتى لهم في دعوى طلب تنفيذ الحكم الأجنبي كما رأينا .

والواقع أن ما انتهينا اليه من منع القاضى من تعديل الحكم الأجنبي تحت ستار شرط التبادل يرجع الى قاعدة عامة مؤداها ان شرط التبادل لا يتناول

(١) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧١٥ . والطبعة السادسة ص ٨٩٩ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧١٥ والطبعة السادسة ص ٨٩٩ والدكتور

محمد كمال فهمى ص ٥٤١ .

الاجراء الذى يتم به منح الحكم الأجنبى قوة التنفيذ سواء من حيث وجوب اتخاذها أو الجهة المختصة باصداره ، أو من حيث نوعه .

ولنفس هذه الأسباب لا يصح تنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر تلقائياً ودون رفع دعوى طلب الأمر بالتنفيذ التى نص عليها القانون تحت ستار شرط التبادل أو المعاملة بالمثل (١) .

ويثور التساؤل أخيراً عما اذا كان اعمال شرط التبادل أو المعاملة بالمثل يقتضى معاملة الحكم الأجنبى فى مصر نفس المعاملة التى يلقاها الحكم المصرى فى الخارج من حيث الشكل ، أم أن العبرة فى هذا الشأن بالمعاملة الفعلية ؟

وتبدو أهمية هذه المشكلة اذا ما طلب تنفيذ حكم صادر عن القضاء الانجليزى فى مصر . فقد رأينا أن القضاء الانجليزى وان استلزم رفع دعوى جديدة بالحق الذى قرره الحكم الأجنبى للمحكوم له ، إلا أنه يسمح بتقديم الحكم فى هذه الحالة كدليل لا يقبل اثبات العكس .

وقد ذهب البعض الى القول بأن اعمال شرط التبادل يقتضى فى هذه الحالة ان يرفض القاضى المصرى الأمر بتنفيذ الحكم الصادر عن القضاء الانجليزى على أن يرفع صاحب المصلحة دعوى جديدة أمام القضاء المصرى (٢) .

ونحن لا نتفق مع هذا رأى ونرى مع جانب آخر فى الفقه المصرى « أن تقدير التبادل لا يجب أن يقوم على أساس المعاملة الشكلية بل يجب أن

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله ص ٧١٠ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله للطبعة الثانية والطبعة السادسة رقم ٢٢٥ والدكتور محمد كمال فهمى ص ٣٤٠ وراجع الحل المماثل فى ألمانيا مروضاً فى *Fragistas* المرجع السابق ص ٢٨ .

يكون هذا التقدير على أساس القيمة التنفيذية الفعلية التي تعطى المحاكم الأجنبية للحكم المصرى وذلك بغض النظر عن الوسيلة التي تتبعها المحاكم الأجنبية في هذا الصدد « (١) . وعلى ذلك يتعين الأمر بتنفيذ الحكم الانجليزى في مصر ما دام أنه قد استوفى الشروط الأساسية اللازمة لصحته على نحو ما سنبين فيما بعد .

وكما ينطبق شرط التبادل لإزاء الأحكام الأجنبية على النحو الذى رأيناه ، فهو ينطبق بالمثل - وبصرىح نص المادة ٢٩٦ من قانون المرافعات - على الأوامر الصادرة من المحاكم الأجنبية بمقتضى وظيفتها الولائية .

ويلاحظ أن العبرة في تقدير التبادل هى بالمعاملة التي يلقاها الحكم أو الأمر المصرى في الدولة التي صدر الحكم أو الأمر الأجنبي عن محاكمها وليس بالدولة التابع لها الخصوم .

وانما تثار الصعوبة في حالة ما اذا كانت الدولة التي صدر الحكم عن محاكمها من الدول المركبة التي تتعدد قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية فيها بين ولاية وأخرى مثل سويسرا . « ولا مفر في هذه الحالة من القول بأن القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ يبحث التبادل في الولاية الصادر منها الحكم المراد تنفيذه في مصر » (٢) .

٦٣ - الوقت الذى يعتد به في توافر شرط التبادل

لم يفصح المشرع المصرى عن الوقت الذى يجب الاعتداد به في توافر شرط التبادل ، وهل يتعين أن يتوافر هذا الشرط عند صدور الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في مصر أو صيرورته نهائيا أم عند التقدم بطلب تنفيذه الى القضاء المصرى .

(١) الدكتور فؤاد رياض ص ٥٠٠ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٨ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله الطيبة الثانية ص ٧١٢ والطيبة السادسة ص ٨٩٦ .

وقد تعرض القضاء الألماني لهذه المشكلة وقرر وجوب التفرقة بين ما اذا كان صاحب المصلحة قد طلب تنفيذ الحكم الأجنبي في ألمانيا أو أنه قد تمسك فقط بحيازة هذا الحكم لحجية الشيء المقضى به . ففي حالة طلب تنفيذ الحكم الأجنبي يتعين أن يكون شرط التبادل متوافرا عند التقدم بطلب التنفيذ . أما اذا كان المحكوم له قد تمسك بحجية الحكم الأجنبي فيكفى أن يكون شرط التبادل قد توافر عند تمتع الحكم الأجنبي بهذه الصفة (حجية الشيء للمحكوم فيه) في الدولة الأجنبية (١) .

ونحن نرى على العكس أن مراعاة حكمة التشريع تستوجب اشتراط توافر شرط التبادل عند التمسك بحجية الحكم الأجنبي في مصر أو عند الأمر بتنفيذه فيها . فحجية الشيء المقضى به والقوة التنفيذية هما مظهران لتنفيذ الحكم وإن كان الأول مظهرا سلبيا والثاني مظهرا ايجابيا .

ومن جهة أخرى فإن الأخذ بالتفرقة التي قال بها القضاء الألماني يؤدي الى نتائج غير مقبولة . اذ أنه من المتصور وفقا لهذا الاتجاه ان يتمتع الحكم الأجنبي بقوة الشيء المقضى به في مصر اذا كان شرط التبادل متوافرا عند صدور الحكم أو صبرورته نهائيا ، بينما لا يصح تنفيذ هذا الحكم فيها ما دام أن شرط التبادل لم يعد متوافرا عند طلب التنفيذ . وتؤدي هذه النتيجة الى انكار العدالة ، لأن المحكوم له لن يستطيع تنفيذ الحكم الأجنبي في مصر لتخلف شرط التبادل في الوقت الذي لن يتمكن فيه من رفع دعوى جديدة لوقوف حجية الحكم الأجنبي حائلا يمنعه من تجديد النزاع مرة أخرى .

(١) راجع هذا الاتجاه معروضا في :

F. Riad, La Valeur International des Jugements en Droit Comparé.

رسالة مقدمة الى جامعة باريس - سبواي ١٩٥٥ ص ١١٣ .

٦٤ - صور التبادل

يمكن للتبادل أن يتخذ ثلاث صور :

التبادل الدبلوماسي : وموَّده أن ينص على مبدأ التبادل في معاهدة دولية تلزم كل من الدول المتعاقدة بتوفير نفس المعاملة للحكم الصادر من محاكم الدول الأخرى (١) .

التبادل التشريعي : وهذا النوع من التبادل يؤدي الى تعليق تنفيذ الحكم المحكوم الأجنبي على شرط أن يكون تشريع الدولة التي صدر هذا الحكم عن محاكمها يسمح بتنفيذ أحكام الدول الأخرى .

التبادل الواقعي : ويكفي في هذه الصورة من التبادل أن يكون العمل قد جرى في الدولة على السماح بتنفيذ الأحكام الأجنبية حتى ولو لم يكن قد نص على ذلك في معاهدة أو تشريع . وعلى ذلك يمكن للقاضي الوطني أن ينفذ الحكم الصادر عن محاكم دولة أجنبية مادام أن العمل قد جرى في هذه الدولة على تنفيذ أحكام الدول الأخرى من حيث الواقع .

ويرى جانب من الفقه المصري أنه لكي يتحقق شرط التبادل في مصر فيجب أن يكون تشريع الدولة المراد تنفيذ حكمها ينص على إمكان تنفيذ أحكام الدول الأخرى فيها . ويستند هذا الرأي على حجة مستمدة من ظاهر النصوص مؤداها أن « صيغة المادة ٤٩١ (من قانون المرافعات القديم والمقابلة للمادة ٢٩٦ من القانون الجديد) أقرب الى معنى اشتراط التبادل التشريعي » (٢) .

(١) ويلاحظ أن التبادل الدبلوماسي متوافر بين الجمهورية العربية المتحدة والدول العربية الأخرى المشتركة في اتفاقية تنفيذ الأحكام التي أقرها مجلس جامعة الدول العربية في سنة ١٩٥٢ . راجع نصوص الاتفاقية وشرح حكمائها في المحاضرات التي ألقاها الاستاذ العميد الدكتور عز الدين عبد الله على طلاب معهد البحوث والدراسات العربية (قسم البحوث والدراسات القانونية) في العام الدراسي ١٩٦٧ - ١٩٦٨ والتي نشرها المعهد المذكور عام ١٩٦٨ .

(٢) الدكتور محمد كمال فهمي ص ٥٣٤ هامش (١) .

ونحن نميل مع جانب آخر من الفقه الى الاعتداد أساسا بالتبادل الواقعي .
فيكنى أن تكون الدولة المراد تنفيذ الحكم الصادر عن محاكمها في مصر تسمح
من حيث الواقع بتنفيذ أحكام الدول الأخرى فيها (١) . وهو نفس الحل
المعمول به في ألمانيا (٢) .

ويترتب على ذلك انه يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي في مصر اذا كانت الدولة
التي صدر الحكم عن محاكمها تسمح بتنفيذ الأحكام المصرية فيها من حيث
الواقع ولو لم يكن هناك نص تشريعي يؤدي الى هذا المعنى . ومن جهة
أخرى فلا يتحقق شرط التبادل رغم النص عليه في تشريع الدولة الأجنبية
ما دام أن العمل قد جرى في هذه الدولة على عدم السماح بتنفيذ الأحكام
المصرية فيها (٣) .

٦٥ - تقدير شرط التبادل

يبدو أن المشرع المصري قد هدف من وراء النص على شرط التبادل
اكرام الدول الأجنبية على الاعتراف بآثار الأحكام المصرية فيها ، وهو
نفس الاعتبار الذي دفع المشرع الألماني الى الأخذ بهذا المبدأ (٤) .
ومع ذلك فان مبدأ التبادل لم يسلم من نقد الشراح . وتتلخص أوجه
النقد الموجهة الى شرط التبادل في الآتي :

١ - ان شرط التبادل يستلزم من القاضي أن يكون محيطا بمختلف النظم
القانونية الأجنبية ليتأكد من سماحها بتنفيذ الأحكام المصرية من عدمه (٥) .

(١) الدكتور عز الدين عبد الله الطيبة الثانية ص ٧١١ والطبعة السادسة ص ٨٩٥ .

(٢) الدكتور فؤاد رياض في رسالته السابق الإشارة إليها ص ١١٢ .

(٣) الدكتور عز الدين عبد الله الطيبة الثانية ص ٧١١ والطبعة السادسة ص ٨٩٥ .

(٤) راجع رسالة الدكتور فؤاد رياض ص ١١٣ .

(٥) راجع هذا النقطة معروضا في مذكرات الدكتور شمس الدين الوكيل السابق الإشارة
إليها ص ١٩٩ .

و نحن نعتقد ان هذا النقد ليس حاسما في ذاته . اذ أن هذه الصعوبة تثور أيضا في كل مرة ينص المشرع فيها على تطبيق قانون أجنبي بمقتضى قواعد الاسناد الوطنية .

ومع ذلك يتفق الفقه الحديث على أن من واجب القاضي في هذه الحالة أن يبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، كما ان له في سبيل ذلك ان يطلب من الخصوم معاونته في هذا البحث (١) .

٢ - كما قيل أيضا ان « شرط التبادل لا يوفر الضمان للدولة بأن الأحكام الأجنبية التي ستسمح بتنفيذها هي أولى الأحكام بالتنفيذ وأكثرها عدالة » (٢) .

وفي تقديرنا ان هذا النقد ليس حاسما بدوره طالما استلزمت الدولة لامكان تنفيذ الحكم الأجنبي أن تتوافر فيه شروط أساسية . وسنرى فيما بعد ان من بين هذه الشروط أن يكون الحكم الأجنبي صادرا بناء على اجراءات صحيحة ، وألا يتعارض مضمونه مع النظام العام في الدولة المراد تنفيذه فيها .

وعندنا ان في ذلك ما يكفي لضمان حد أدنى من الاطمئنان في سلامة الحكم الأجنبي .

٣ - قرر بعض الشراح ان استلزام الدولة لشرط التبادل لا يمنع الدول الأخرى من التحايل على هذا الشرط بغية التوصل الى تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكمها في الدولة التي تأخذ بمبدأ التبادل . ويضربون لذلك مثل ما حدث بالنسبة لارازال سان فرنسكو سنة ١٩٠٦ . فقد رفع المصابون دعاوى ضد شركات التأمين أمام القضاء الأمريكي وحصلوا على أحكام

(١) راجع رسالتنا في « مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني » رقم ١٥٧ وما بهبه .

(٢) راجع هذا النقد معروضا في مذكرات الدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٩٩ .

تفصى بتعويض ما أصابهم من اضرار . ولما كانت أموال شركات التأمين الألمانية كائنة فى المانيا فقد اضطر المصابون الى التقدم للقضاء الألمانى بطلب تنفيذ هذه الأحكام . ومن المعلوم ان التشريع الألمانى لا يجيز تنفيذ الأحكام الأجنبية الا بشرط التبادل . ولهذا سارع المشرع الأمريكى الى النص على شرط التبادل فى تشريعه بقصد التحايل على القضاء الألمانى .

ونحن نعتقد انه فى الامكان تلافى التحايل السابق عن طريق استخدام فكرة التنازاع العام . وهذا ما فعله القضاء الألمانى فى المثال السابق ، فلم يتردد فى رفض تنفيذ الأحكام الأمريكية فى المانيا (١) .

٤ - ولعل النقد الجارح الذى وجه الى فكرة التبادل بحق فهو أنها فكرة سياسية يجب أن تكون بمنأى عن الروابط القانونية المتعلقة بحقوق الأفراد (٢) . فليس من العدل أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبى الذى تمسك به صاحب المصلحة لمجرد ان قانون الدولة التى صدر الحكم عن محاكمها لا يجيز تنفيذ أحكام الدول الأخرى . بل ان هذا الوضع لا يمس حقوق الأجانب فقط ، بل قد يضر بالوطنيين أيضا فيما لو كان الحكم الأجنبى قد صدر لصالح احد رعايا الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها (٣) . فمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية أو عدم جوازها هى « مسألة يجب أن تقدرها الدولة وفق ما تراه مثالا للعدالة » (٤) .

ولهذا فنحن نعتقد ان المشرع المصرى قد جانيه الصواب حينما نقل مبدأ التبادل عن التشريع الألمانى . والغريب ان المشرع المصرى لم يكشف بتجاهل

(١) الدكتور نواد رياض - الجلسة ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائى

الدولى - ص ٥٠١ .

(٢) أستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل - السابق ص ١٩٩ و Fragistas السابق

ص ٣٦ ، ٣٧ .

(٣) Arminjon ج ٢ ص ٢٧٥ .

(٤) الدكتور عز الدين عبد الله ص ٧١٣ .

التقد الموجه الى مبدأ التبادل فقط ، بل انه لم يحرص على مراعاة القيود التي أوردتها المشرع الألماني نفسه على هذا المبدأ (١) .

ومهما كان الأمر فان الأخذ بمبدأ التبادل يتضمن معنى الايمان بأن أساس تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأقليم هو فكرة المحاكمة الدولية . فالمحاكمة تقتضى بالضرورة تبادل المعاملة بالمثل (٢) . ولا شك أن فكرة المحاكمة لم تعد صالحة كأساس لقواعد القانون الدولي الخاص . وهى تؤدى الى حالتنا الى نتائج غير مقبولة ، اذ لا يصح أن يخضع أداء المدالة فى الدولة لمجرد دواعى المنفعة أو للاعتبارات السياسية (٣) .

ثانيا : الشروط الأساسية لتنفيذ الأحكام الأجنبية

٦٦ - النص التشريعى

مضت الاشارة الى أن تحقق شرط التبادل لا يفى عن وجوب توافر الشروط الأساسية اللازمة لصحة الحكم الأجنبى من الوجهة الدولية . ويرجع ذلك الى كون شرط التبادل لا يتناول ، كما رأينا ، الاجراء الذى يتم به منح الحكم الأجنبى قوة التنفيذ فى مصر ، سواء من حيث نوعه ، أو شروطه ، أو الجهة المختصة به . بل ان عدم تناول شرط التبادل للشروط الأساسية اللازمة لصحة الحكم ، هو أمر تقتضيه الغاية التى من أجلها استلزم المشرع هذه الشروط ، وهى كفالة عدم العلوان على متطلبات النظام العام فى مصر وتحقيق العدالة (٤) .

(١) فرغم ان المشرع الألماني قد نص على شرط التبادل فى المادة ٢٢٨ من قانون المرافعات ، الا أنه قد أباح مع ذلك الاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية رغم تخلف الشرط اذا كان النزاع يتعلق بحقوق غير مالية ، أو لم تكن هناك محكمة ألمانية مختصة وفقاً للقانون الألماني : راجع رسالة الدكتور فؤاد رياض « القيمة الدولية للأحكام » ص ١٠٨ وما بعدها .

(٢) F. Riad, Foreign Jurisdictional Acts. - السابق ص ٥ .

(٣) المرجع السابق ص ٥ .

(٤) قرب الدكتور عز الدين عبد الله الطيبة الثانية ص ٧١٠ والطيبة السادسة ص ٨٩٤ .

وقد عدد المشرع المصرى هذه الشروط فى المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات والى تنص على أنه « لا يجوز الأمر بالتنفيذ الا بعد التحقق مما يأتى :

١ - أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التى صدر فيها الحكم أو الأمر وأن المحاكم الأجنبية التى أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائى الدولى المقررة فى قانونها .

٢ - ان الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً .

٣ - ان الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضى به طبقاً لقانون المحكمة التى أصدرته .

٤ - ان الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها .
وسنوالى تبعاً دراسة هذه الشروط .

٦٧ - الشرط الأول : صدور الحكم الأجنبى من هيئة قضائية مختصة

نص المشرع فى البند الأول من المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات على أنه يشترط لتنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبى فى مصر أن يكون صادراً عن هيئة قضائية مختصة طبقاً لقواعد الإختصاص القضائى الدولى المقررة فى قانونها ، ويشترط ألا تكون محاكم الجمهورية مختصة بالمنازعة التى صدر الحكم أو الأمر الأجنبى فى شأنها .

ورغم أن المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القديم كانت تكتفى باشتراط صدور الحكم أو الأمر الأجنبى عن هيئة قضائية مختصة « وفقاً لقانون البلد الذى صدر فيه » ، إلا أن الفقه المصرى الغالب قد خرج مع ذلك عن المعنى الواضح المحدد لهذا النص ، واشترط فوق ذلك - مع إختلاف فى التفاصيل -

ألا تكون المحاكم المصرية مختصة بنظر الدعوى ، على الأقل بالنسبة لبعض المنازعات .

وعلى ذلك يمكن القول من البداية أن صياغة المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات الجديد تعد إنعكاساً — إلى حد ما — للإتجاه العام الذى ساد لدى الفقه المصرى الغالب فى ظل قانون المرافعات القديم .

ولهذا يبدو لنا أن تفسير نص المادة ٢٩٨ من القانون الجديد لا يمكن أن يتأنى على الوجه السليم إلا بدراسة الإتجاهات المخلفة فى الفقه المصرى قبل صدور قانون المرافعات الجديد .

وقد كانت نقطة البداية لدى الفقه المصرى فى ظل قانون المرافعات القديم متفقة مع ظاهر نص المادة ٤٩٣ من هذا القانون . فقد إشتراط الفقه بصفة مبدئية لإمكان تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبى فى مصر أن يكون صادرا من محكمة مختصة « وفقاً لقانون البلد الذى صدر فيه » . وقد فسر الفقه الغالب المراد بالإختصاص فى هذا الشأن على أنه الإختصاص السدولى للمحكمة التى صدر الحكم أو الأمر الأجنبى عنها .

وعلى ذلك فلا يشترط لإمكان تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبى فى مصر أن تكون المحكمة التى أصدرته مختصة وفقاً لقواعد الإختصاص الداخلى فى الدولة التى تتبعها (١) .

(١) راجع فى ذلك الدكتور شمس الدين الوكيل . دروس غير مطبوعة فى القانون الدولى الخاص . المرجع السابق ص ٢٠٠ والدكتور عز الدين عبد الله ص ٧١٧ . وأنظر أيضا دروسنا فى تنازع الإختصاص القضائى السابق الإشارة إليها ص ١١٤ . وراجع فى فرنسا Batifol المطول رقم ٧٥٦ . وأنظر مع ذلك الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٣٧ هامش (١) . وهو يرى انه يشترط لكى يسمح بتنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبى فى مصر أن تكون المحكمة الأجنبية التى أصدرته مختصة أيضا وفقاً لقواعد الإختصاص الداخلى فى قانون الدولة التى تتبعها . ولعله قد تأثر بذلك مما تواتر عليه القضاء فى فرنسا . راجع هذا القضاء معروضا فى Batifol المرجع السابق رقم ٧٥٦ =

ويبدو أن المشرع المصرى قد أيد هذا النظر فى القانون الجديد. فقد أشار فى المادة ٢٩٨/١ صراحة إلى أن المقصود باختصاص المحكمة الأجنبية كشرط لتنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبى فى مصر هو الإختصاص الدولى .

ومع ذلك فإذا ترتب على عدم الإختصاص الداخلى بطلان الحكم أو الأمر الأجنبى فى الدولة التى صدر عن محاكمها فلا يجوز تنفيذ الحكم أو الأمر فى مصر ، إذ من غير المقبول أن يقوم القضاء المصرى بتنفيذ حكم باطل (١) .

ورغم إتفاق الفقه المصرى الغالب فى ظل قانون المرافعات القديم على ضرورة التيقن من صدور الحكم أو الأمر الأجنبى عن هيئة قضائية مختصة

= ويؤيد جانب من الفقه الفرنسى هذا الحل : راجع *Bartin, Principes de droit international privé* الجزء الأول ص ٥٦٤ . ويبدو مع ذلك أن بعض الأحكام الفرنسية قد إتجهت أخيراً إلى عدم تقصى سلامة لإختصاص الداخلى للمحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم المراد تنفيذه فى فرنسا على أساس أن تمتع الحكم الأجنبى بقوة الشيء المحكوم فيه فى الدولة التى يقعها من شأنه أن يجعل البحث فى مدى إختصاص المحكمة التى أصدرته وفقاً لقواعد الإختصاص الداخلى أمراً عديم الجدوى . راجع فى ذلك قضاء محكمة السين مروجاً فى

Bellet, La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers.

تقرير مقدم إلى اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص. منشور بأعمال اللجنة ١٩٦٢ - ١٩٦٤ ص ٢٧٨ .

(١) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩١٥ ، ٩١٦ والطبعة الثانية ص ٧١٧ ودروسنا فى تنازع الإختصاص القضائى الدولى ص ١١٤ وراجع نفس هذا الرأى فى فرنسا *Batiffol* المطول رقم ٧٥٦ . وقد أكدت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد هذا المعنى. فقد جاء بها « جاء نص البند الأول من المادة ٢٩٧ من المشروع (المادة ٢٩٨ من القانون الجديد) أوضح بياناً من نص البند الأول من المادة ٩٣٤ المقابلة لها فى القانون القائم (القانون القديم) فيما يتعلق بشرط الإختصاص الدولى من حيث أنه يبين أن المقصود بالإختصاص هو الإختصاص القضائى الدولى للمحكمة الأجنبية دون الإختصاص الداخلى فيها ، إذ أن التطور الفقهى القضائى فى شأن هذا الأخير يذهب إلى أنه ليست كل مخالفة لقاعدة من قواعد الإختصاص الداخلى للمحكمة الأجنبية تؤدى إلى عدم صدور الأمر بالتنفيذ بل أن الذى يؤدى إلى ذلك هو المخالفة التى تجعل الحكم عديم القيمة فى بلد القاضى الذى أصدره » .

إختصاصا دوليا وفقاً لقانون الدولة التي صدر عنها هذا الحكم أو الأمر ، وهو ما يتفق تماماً مع نص المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات الملغى ، إلا أنه وضع كما رأينا قيداً آخر مؤداه ألا تكون المحاكم المصرية مختصة بالتزاع الذى صدر الحكم أو الأمر الأجنبي في شأنه ، على الأقل بالنسبة لبعض المنازعات .

ومع إتفاق الفقه الغالب في تفسيره للمادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القديم على هذا القيد الأخير ، خروجا على المعنى الواضح للنص ، إلا أنه إلتقى مع ذلك إلى إلتجاهين أساسيين :

الاتجاه الأول : أكد جانب من الفقه المصرى ضرورة التفرقة بين الإختصاص المانع أو القاصر للمحاكم المصرية كما هو الشأن بالنسبة للدعوى المتعلقة بمال كائن في مصر ، وبين إختصاصها الجوازى أو المشترك كما هو الحال بالنسبة للمنازعات المتعلقة بعقد أبرم أو نفذ في مصر . ففي الحسالة الأولى يتعين رفض تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي مادام أنه صادر في شأن نزاع يدخل في الإختصاص القاصر للمحاكم المصرية ، بينما يجوز على العكس في الحالة الثانية تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي رغم إختصاص محاكم الجمهورية بالدعوى ، ما دام ان هذا الإختصاص جوازى أو مشترك . ففي هذه الحالة الأخيرة فان إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى بناء على كون مصر هى بلد إبرام العقد مثلاً لا ينبى عن محاكم الدولة الأجنبية إختصاصها القائم على كونها دولة تنفيذ العقد إستجابة لإعتبارات التجارة الدولية (١) .

(١) راجع أستاذنا العبد الدكتور شمس الدين الوكيل ص ٢٠٢ وقارن الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٣٦ هامش (١) .

وقد أيدت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها هذا النظر . فقد رفع أحد البنوك العربية دعوى أمام محكمة القاهرة الإبتدائية يطلب فيها الأمر بتنفيذ حكم صادر عن القضاء الأردني ضد مدينيه ، فأصدرت المحكمة أمرها بالتنفيذ لصالح البنك وتأييد الحكم إستثنائيا ، فرغ مدينى البنك طعنا أمام محكمة النقض فأثاروا فيه مشكلة عدم إختصاص المحكمة الأردنية (محكمة بداية القدس الأردنية) بنظر النزاع ، وبينوا في الطعن أنهم يتوطنون في مصر ، ومن ثم فان القضاء المصرى هو =

والأمر على خلاف ذلك ، وفقاً لهذا الاتجاه ، بالنسبة للإختصاص القاصر . إذ أن إختصاص المحاكم المصرية القائم على كون مصر هي دولة موقع' العقار مثلاً هو أمر يمس كيان الدولة الإقتصادية ، ويتنافى بالتالى مع الإعتراف بولاية المحاكم الأجنبية للفصل فى مثل هذا النزاع (١) .

وقد أخذ هذا الاتجاه التفرقة السابقة من بعض أحكام القضاء الفرنسى ، والذي فرق هو الآخر بين الإختصاص الجوازى والإختصاص الضرورى أو القاصر للمحاكم الفرنسية . فسنرى فيما بعد أن القضاء الفرنسى لا يميز

=المختص دولياً بنظر النزاع . إذ أنه يشترط لإعتبار المحكمة الأجنبية المطلوب تنفيذ حكمها فى مصر مختصة بالدعوى ألا تكون المحاكم المصرية مختصة بها وفقاً لقواعد الإختصاص القضائى الدولى . وقد رفضت محكمة النقض هذا الوجه من الطعن لأنه حتى لو فرض أن المحكوم ضدهم يتوطنون فى مصر وتوافر إختصاص المحاكم المصرية بناء على ذلك ، إلا أنه « لما كان الثابت هو أن محكمة بداية القدس هي الأخرى مختصة بنظر الدعوى طبقاً لقانونها » وكان إختصاصها يقوم أصلاً على أساس كونها محكمة محل إبرام العقد والمحل المشروط بتنفيذه فيه ، وهما ضابطان للإختصاص القضائى مسلم بهما فى غالبية التشريعات ويقرهما قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها (المسادة ٢/٣ من قانون المرافعات) ، لما كان ذلك ، وكانت محكمة بداية القدس ، وهي إحدى جهتي القضاء المنعقد لها الإختصاص فى النزاع القائم بين الطرفين قد رفضت إليها فعلاً وأصدرت فيها الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه فى الدعوى الراهنة ، فإن دوافع المהاملة ومقتضيات الملازمة وحاجة المعاملات الدولية توجب - فى نطاق الظروف المتقدم ذكرها - إعتبار هذا الحكم قد صدر من محكمة أجنبية فى حدود إختصاصها ، وإذا كان الحكم الملعون فيه قد إلتزم هذا النظر فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً ، وبالتالي يكون النص بهذا السبب على غير أساس » . وبصرف النظر عن عدم توفيق المحكمة فيما قرره من أن الماهاملة الدولية هي أساس الإعتراف بإختصاص المحكمة الأردنية - ورغم أن حاجة المعاملات الدولية تعد فى ذاتها أساساً كافياً للإعتراف بإختصاص المحكمة الأجنبية فى هذا الفرض - فإنه يبدو من حيثيات الحكم السابق أن محكمة العليا قد أقرت فكرة الإختصاص المشترك التى أوشعناها فى المتن . فقد اعتبرت المحكمة أن حالة الإشتراك قائمة بين كل من المحاكم المصرية والمحكمة الأردنية على إعتبار أن إختصاص الأولى يقوم على فكرة توطن الملعى عليهم فى مصر وإن إختصاص الثانية يقوم على أساس محل إبرام العقد ومحل التنفيذ . راجع نقض ٢ يوليو ١٩٦٤ . مجموعة أحكام النقض س ١٥ عدد ٢ ص ٩٠٩ . وأنظر تعليق الدكتور عز الدين عبد الله على الحكم فى مؤلفه السابق الإشارة إليه . الطبعة السادسة ص ٩١٣ ، ٩١٤ .

(١) راجع الدكتور شمس الدين الوكيل . المرجع السابق ص ٢٠٢ .

مكبداً عام تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في نزاع يدخل في اختصاص المحاكم الفرنسية . ومع ذلك فقد أقام التفرقة السابقة إستجابة للإعتبارات الدولية (١) .

الإنجاء الثاني : إنجاء فريق آخر من الفقه المصري في ظل القانون القديم إلى القول بعدم جواز تنفيذ الأحكام أو الأوامر الأجنبية في مصر كأصل عام مادام أن القضاء المصري يختص بالدعوى . فاذا « ثبت للقاضي المصري أن المنازعة إلى صدر فيها الحكم الأجنبي المطلوب منه إصدار الأمر بتنفيذه ولو أنها تدخل في اختصاص المحكمة التي أصدرته وفقاً لقانونها ، إلا أنها تدخل في الإختصاص الدولي للمحاكم المصرية وفقاً للقانون المصري ، لممتنع عن إصدار الأمر بالتنفيذ . » (٢) فكأن هذا الرأي قد إستلزم في الواقع أن يتحدد إختصاص المحكمة المطلوب تنفيذ حكمها في مصر مبدئياً وفقاً لقواعد الإختصاص الدولي للمحاكم المصرية . وينحصر الرجوع إلى قانون دولة المحكمة التي أصدرت الحكم لتقدير إختصاصها - وفقاً للرأي السالف - في الاحوال التي يتبين فيها للقاضي المصري أن المحاكم المصرية غير مختصة بالنزاع وفقاً للقانون المصري .

وقد تأثر هذا الإنجاء أساساً بما جرى عليه الفقه والقضاء في كثير من دول العالم ومن بينها فرنسا بصفة خاصة . وليبيان ذلك نشير إلى أن القضاء الفرنسي الغالب قد إعتمد في تحديد مدى إختصاص المحكمة المراد تنفيذ حكمها في فرنسا بقواعد الإختصاص الدولي المقررة في القانون الفرنسي . فاذا كانت المحاكم الفرنسية مختصة بالنزاع لممتنع على القاضي الفرنسي إصدار أمر التنفيذ . أما إذا لم تكن المحاكم الفرنسية مختصة فعلى القاضي أن يقسدر إختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه في فرنسا وفقاً

(١) راجع هذا القضاء معروفاً في Batiffol المطول ص ٨٤٣ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٧١٩ .

لقواعد الإختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية (١) .

وعلى هذا النحو تعتبر المحكمة الأجنبية مختصة إذا كان المال محل النزاع كائنا في إقليمها ، لأن إختصاص محكمة الموقع يعد من المبادئ التي يقوم عليها الإختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية . وهذا هو ما قصده الأستاذ « بارتن » بالتطبيق غير المباشر لقواعد الإختصاص الدولي الفرنسية (٢) .

وخلاصة القول أنه لا يجوز كقاعدة عامة تنفيذ الحكم الأجنبي في فرنسا مادامت المحاكم الفرنسية مختصة بالنزاع ، اللهم إلا في الحالات الاستثنائية التي تستلزمها طبيعة المعاملات الدولية كما هو الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود الدولية . أما إذا لم تكن المحاكم الفرنسية مختصة بالنزاع ، فإن تقدير مدى إختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه في فرنسا يتحدد في هذه الحالة أيضا بالتطبيق غير المباشر لقواعد الإختصاص الدولي في القانون الفرنسي (٣) . وهذا الاتجاه الذي استقر عليه القضاء الفرنسي متبع أيضا في الكثير من دول العالم (٤) .

وقد حاول جانب من الفقه أن يرد هذا الاتجاه إلى أصول نظرية فقرر

(١) راجع في ذلك :

Bellet La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers.

التقرير السابق الإشارة إليه والمقدم للجنة الفرنسية لقانون الدول الخاص . أعمال اللجنة ١٩٦٢ - ١٩٦٤ ص ٢٧٥ وما بعدها و Batiffol المطول رقم ٧٥٤ . وأنظر في دراسة مقارنة حول هذا الموضوع

F. Riad, La valeur internationale des jugements en droit comparé.

الرسالة السابق الإشارة إليها ص ٤٥ وما بعدها .

(٢) الجزء الأول رقم ٢٠٦ .

(٣) وهو ما دعى البعض إلى حد القول بأن قواعد الإختصاص القضائي الدولي في فرنسا قد

أصبحت قواعد مزدوجة الجانب . راجع في ذلك Bellet السابق ص ٢٨٨ .

F. Riad, Thèse précitée p. 15 et s. (٤)

أن قواعد الإختصاص القضائي الدولي تهدف أساسا إلى توزيع الإختصاص القضائي بين محاكم الدول المختلفة توزيعا عادلا . وعلى ذلك فلا يصح لدولة ما أن تتوسع في إختصاص محاكمها على حساب الدول الأخرى . ونظرا لعدم وجود قواعد دولية ترسم لكل دولة حدود إختصاص محاكمها ، فإن النتيجة المترتبة على ذلك هو أن من واجب كل قاض أن يقوم بنفسه بمراقبة التوزيع العادل للإختصاص . وعلى هذا النحو فإن على القاضي الذى طلب منه الأمر بتنفيذ حكم أجنبي أن يقرر مدى إختصاص المحكمة التى أصدرته وفقاً لقانونه ، بوصفه القانون الأكثر تحقيقا للعادلة من وجهة نظره (١) .

ويبدو أن تشكك رجال القضاء فى فرنسا أنفسهم فى سلامة هذا النظر الذى ينطوى على نظرة إقليمية بحث هو ما دعى بعضهم إلى الإعراف بصراحة بأن إتهام المحاكم الفرنسية نحو الرجوع إلى القانون الفرنسى لتقدير مدى إختصاص المحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم المراد تنفيذه فى فرنسا هو إتهام يستند بالدرجة الأولى على إعتبارات عملية . ذلك أن الرجوع إلى قانون الدولة التى صدر الحكم المراد تنفيذه فى فرنسا عن محاكمها لتقدير مدى إختصاص هذه الأخيرة بالدعوى هى مهمة شاقة تستلزم من القاضي بذل جهد كبير للكشف عن مضمون القانون الأجنبي وإثباته . ولهذا فضل القضاء الفرنسى الرجوع إلى قانونه لتقدير إختصاص المحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه فى فرنسا (٢) .

فكان إستسلام المحاكم بهذه البساطة للصعوبات التى قد يثيرها إثبات القانون الأجنبي هو الذى يفسر فى النهاية موقف القضاء الفرنسى فى شأن الرجوع إلى القانون الوطنى لتقدير الإختصاص الدولى للمحاكم الأجنبية .

(١) Fragistas, La reconnaissance des jugements étrangers. op. cit. p. 17.

(٢) راجع Bellet فى المناقشات التى أعقبت تقريره المقدم للجنة الفرنسية لقانون الدول الخاص والسابق الإشارة إليه ص ٢٨٧ وما بعدها .

وقد أحس جانب من الفقه الفرنسى بضعف الأساس الذى يقوم عليه موقف القضاء هناك على النحو الذى بيناه فحاول أن يخفف من تشدد الاتجاه السالف مقررا ضرورة الرجوع إلى قواعد الاختصاص الدولى فى الدولة الأجنبية التى صدر الحكم المراد تنفيذه عن محاكمها لتقدير اختصاص هذه المحكمة ، وذلك فى الأحوال التى يتبين فيها أن المحاكم الوطنية غير مختصة بالتزاع (١) .

وقد تأثر الاتجاه الفقهى المصرى الثانى الذى مضت الإشارة إليه بهذا رأى الأخير من حيث المبدأ فاشتراط لإمكان تنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر كما رأينا أن تكون المحكمة التى أصدرته مختصة وفقاً لقانونها وألا يكون القضاء المصرى مختص بالتزاع الذى صدر الحكم الأجنبى فى شأنه .

ومع ذلك فقد خفف هذا الاتجاه من المبدأ السالف فأجاز تنفيذ الأحكام أو الأوامر الأجنبية رغم اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى فى مواد الأحوال الشخصية للأجانب والمنازعات المتعلقة بالعقود ما لم يكن النزاع يتعلق فى أى من الحالتين بنال كائن فى مصر (٢) .

ومهما كان من أمر الاتجاهين السالفين ، واللذين سادا لدى الفقه المصرى الغالب فى ظل قانون المرافعات القديم ، فإن الملاحظ أنهما يتفقان من حيث المبدأ على وجوب رفض تنفيذ الأحكام أو الأوامر الأجنبية الصادرة فى شأن المنازعات التى تدخل فى ولاية المحاكم المصرية ، مع تقدير إستثناءات على القاعدة المتقدمة بحيث يجوز تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبى رغم اختصاص محاكم الجمهورية بالتزاع فيما لو كان اختصاص هذه الأخيرة اختصاص مشترك وفقاً للاتجاه الأول ، أو كان النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية للأجانب أو بالعقود وفقاً للاتجاه الثانى .

(١) راجع Niboyet مطول القانون الدولى الخاص . الجزء السادس رقم ١٩٥٦ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٧٢٠ وما بعدها .

وقد سبق لنا أن إنتقدنا مع جانب من الفقه المصرى الحديث كل من الاتجاهين السالفين فى ظل القانون القديم (١) . فالإتجاه الأول الذى يقيم التفرقة بين الإختصاص القاصر والإختصاص المشترك قد تأثر بالقضاء الفرنسى فنقل عنه التفرقة السابقة رغم أنها تفرقة توقع فى اللبس .

فقواعد الإختصاص القضائى هى فى حقيقة الأمر قواعد مفردة الجانب . فإذا تقرر إختصاص المحاكم المصرية بناء على توافر أحد ضوابط الإختصاص التى نص عليها القانون فقد أصبحت هذه المحاكم مختصة بنظر الدعوى ولم يعد من الحائز بعد ذلك القول بأن إختصاصها فى هذا الشأن هو إختصاص قاصر أو إختصاص مشترك . ذلك أنه لو إختصت المحاكم المصرية بالمنازعة وفقاً لقانونها « فانه لا يعنىها بعد ذلك أن تكون محاكم دولة أخرى مختصة بها وفقاً لقانونها » (٢) .

أما عن الإتجاه الثانى فقد أقام التفرقة بين المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب ومنازعات العقود من ناحية ، وبين المنازعات التى لا تتعلق بهذه المسائل من ناحية أخرى . فأجاز تنفيذ الأحكام الأجنبية رغم إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى فى الحالة الأولى ، ومنع تنفيذ هذه الأحكام مادامت محاكم الجمهورية تختص بالتراجع فى الحالة الثانية . ولا شك أن هذه التفرقة تفتقر بدورها إلى السند القانونى السليم . فليس من المقبول أن يقدر مدى إختصاص المحاكم الأجنبية فى ضوء قواعد الإختصاص المصرية . فتقدير مدى إختصاص المحكمة الأجنبية يجب أن يتم وفقاً لقواعد

(١) راجع بصفة خاصة مقال أستاذنا الدكتور فؤاد رياض تحت عنوان :

Compétence étrangère et jugements étrangers dans la conception

législative moderne. منشور فى مجلة القانون والإقتصاد عدد مارس ويونيو ١٩٥٦

ص (١) وما بعدها من القسم الأجنبى . وأنظر دروسنا فى تنازع الإختصاص القضائى الدولى . السابق الإشارة إليها ص ١١٧ وما بعدها .

(٢) وأنظر فى نقد هذا الإتجاه أيضا الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٧٢٠ ،

الإختصاص الدولي السائدة في اللوامة التي تتبعها بصرف النظر عن إختصاص القضاء المصري بالدعوى من علمه . وفي القول بغير ذلك إهدار لمطالبات الحياة الدولية (١) . حقاً إن قواعد الإختصاص القضائي الدولي تلمق بالنظام العام في مصر (٢) ، ولا يجوز من ثم الإتفاق على مخالفتها ، إلا أن التقيد بهذا المبدأ مجاؤه تعيين المحكمة المختصة برفع الدعوى (٣) . أما وقد رفع النزاع أمام المحاكم الأجنبية رغم إختصاص القضاء المصري به ، وصدر بناء على ذلك حكم فاصل في النزاع فلم يعد هناك ما يمنع تنفيذ هذا الحكم في مصر إستجابة للإعتبارات الدولية (٤) .

وهكذا إنتهينا في ظل قانون المرافعات القديم إلى أن المشرع قد أحسن صياغة المادة ٤٩٣ من ذلك القانون ، إذ إكتفى بالنص على أن يكون الحكم المطلوب تنفيذه صادراً عن « هيئة قضائية مختصة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه » . وبذلك يبدو واضحاً أن محاولات الفقه المصري الغالب في شأن تفسير المادة ٤٩٣ على النحو الذي رأيناه لا تستقيم مع وضوح النص

(١) راجع دروسنا في تنازع الإختصاص القضائي الدولي . ص ١١٧ .

(٢) راجع في تعلق قواعد الإختصاص الدول بالنظام العام في مصر : الدكتور أحمد أبو الوفا . ملونة الفقه والقضاء . رقم ٧٥ .

(٣) ويعترف بذلك الرأي الذي نأهضه : راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية

ص ٧٢١ .

(٤) ويؤكد القول بوجوب الفصل بين مشكلة إختصاص المحاكم المصرية بالدعوى إبتداء ومشكلة طلب تنفيذ الحكم الأجنبي في مصر ، في ظل القانون القديم ، أن المشرع قد نص في الفقرة الثالثة من المادة ٤٩٣ (والمقابلة للمادة ٤/٢٩٨ من قانون المرافعات الجديد) على أنه يشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي ألا يكون متعارضاً مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية . فالمنع من تنفيذ الحكم الأجنبي هو صدور حكم مصري في شأن نفس النزاع وليس مجرد إختصاص المحاكم المصرية بهذا النزاع . راجع في ذلك دروسنا في تنازع الإختصاص السابق الإشارة إليها . ورغم إيمان الدكتور عز الدين عبد الله بهذه الحجة في ظل القانون القديم إلا أنه يقرر مع ذلك أنه يشترط لإمكان تنفيذ الحكم الأجنبي ، من حيث المبدأ ، ألا يكون القضاء المصري مختصاً بالنزاع الذي صدر الحكم في شأنه . راجع مؤلفه في القانون الدولي الخاص . المرجع السابق ص ٧٢١ .

الذى أحسن المشرع المصرى صياغته صيانة لمتطلبات الحياة الدولية (١) .
ولعل الفقه المصرى الغالب قد أراد فيها إنتهى إليه تفسيرا لنص المادة
٤٩٣ من قانون المرافعات القديم أن يتلافى الحالات التى قد ينس فيها
تنفيذ الحكم الأجنبى كيان الدولة السياسى أو الاجتماعى أو الاقتصادى كما
لو كان النزاع متعلقا بعقار كائن فى مصر . وواقع الأمر أن حماية هذه
المتطلبات هو أمر مكفول دائما عن طريق إستخدام فكرة النظام العام
والتي يمكن للقاضى تحت ستارها أن يرفض مثلا تنفيذ حكم أجنبى صادر
فى شأن نزاع يتعلق بعقار كائن فى مصر (٢) .

ومهما يكن من أمر فإن الرأى السابق ، والذى سبق لنا التمسك به فى
ظل القانون القديم ، لم يعد له محل الآن بعد صدور قانون المرافعات الجديد .
فقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٩٨ / مرافعات تشترط لامكان
تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبى فى مصر أن يكون صادرا عن هيئة قضائية
مختصة وفقاً لقانونها ، وألا يكون النزاع داخلا فى اختصاصصاص محاكم
الجمهورية (٣) .

(١) وفى ذلك يقول أستاذنا الدكتور فؤاد رياض أن الفقه المصرى الغالب قد خرج دون
سند سليم عن النص الواضح المحدد للمادة ٤٩٣ / ١ من قانون المرافعات القديم على نحو ما رأيناه
فى المتن . فوقف الفقه المصرى فى هذا الشأن - كما قرر أستاذنا بحق - لا يتأتى إلا لو تصورنا
أن المشرع قد أعطى فى صياغة النص وهو مالا يجوز لنا إقتراضه . راجع مقال الدكتور
فؤاد رياض *Compétence étrangère et jugements étrangers dans la conception législative moderne* . المرجع السابق ص ١ وما بعدها .
(٢) راجع دروسنا فى تنازع الإختصاص القضائى الدولى والسابق الإشارة إليها ص ١١٨ ،
١١٩ .

(٣) والملاحظ أن نص المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات الجديد وما جاء بالمذكرة الإيضاحية
له هو ترجمة أمينة للإتجاه الفقهى الذى تقاده فى مصر العميد الدكتور عز الدين عبد الله فى ظل
القانون القديم ، ولذا فقد كان طبيعيا أن يبارك الأستاذ المصرى ما إنتهى إليه المشرع فى القانون
الجديد فى الطبعة الحديثة من مؤلفه . راجع مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة
ص ٩٠١ وما بعدها .

وقد بررت المذكرة الإيضاحية لقانون الحديد المبدأ الوارد بالمادة ٢٩٨ .
فقررت أن المشرع ولو أنه أخذ بحكم قانون المرافعات القديم بالنسبة لتحديد
إختصاص المحكمة الأجنبية وفقاً لقانونها ، إلا أنه أورد على هذا الحكم
قيدا « مؤداه أنه يتبين ألا تكون المنازعة التي صدر فيها الحكم المطلوب
الأمر بتنفيذه داخلية في اختصاص محاكم الجمهورية وذلك لكفالة عدم
الانتقاص من هذا الإختصاص . ومن شأن هذا القيد التخفيف من إطلاق
حكم قاعدة تقديمية رحب بها جانب كبير من الفقه ولم ترحب بها غالبية
التشريعات في مختلف بلاد العالم والتي لا تزال تجعل الإختصاص القضائي
الدولي للمحكمة الأجنبية يتحدد ليس وفقاً لقانونها وإنما طبقاً لقانون محكمة
بلد التنفيذ » .

وعندنا أن الحجة التي ساقها المذكرة الإيضاحية تبريرا للحكم الوارد
بالمادة ٢٩٨ غير مقنعة ، خاصة وإن المذكرة قد اعترفت بأن القاعدة
التي كانت مقررة في المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القديم ، والتي يتم
تقدير إختصاص المحكمة الأجنبية بمقتضاها وفقاً لقانون الدولة التي تتبعها
المحكمة ، هي « قاعدة تقديمية رحب بها جانب كبير من الفقه » .

أما ما قررته المذكرة الإيضاحية من أن المقصود من شرط عدم إختصاص
المحاكم المصرية بالتزاع هو « كفالة عدم الانتقاص من هذا الإختصاص » ،
فهو قول يتضمن في تقديرنا تجاهلا لإعتبارات الحياة الخاصة الدولية .
وقد مضت الإشارة إلى أن الفقه الغالب قد اعترف بهذه الحقيقة ولذا رأيناه
يعترف بضرورة السماح بتنفيذ الأحكام الأجنبية رغم إختصاص المحاكم
المصرية بالدعوى في فروض متعددة إستجابة لهذه الإعتبارات ، وذلك
لما تحت ستار فكرة الإختصاص الجوازي أو المشترك كما انتهى إلى ذلك
الإتجاه الفقهي الأول ، أو بالإعتراف صراحة بأن الإعتبارات الخاصة
بالتجارة الدولية تستلزم الخروج عن القواعد العامة كما قرر الإتجاه الفقهي
الثاني السابق الإشارة إليه .

بل وإن المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد قد إعترفت بدورها بأهمية هذه الإعتبارات فخفضت من حدة القاعدة المتطرفة التي أوردتها المشرع في المادة ٢٩٨ والقاضية بعدم جواز تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية في مصر ما دامت المحاكم المصرية مختصة بالتزاع فأشارت إلى إمكان الأخذ بالفرقة التقليدية بين الإختصاص القاصر والإختصاص المشترك ، إذ جاء بالمذكرة « ولم يشأ المشرع أن يعالج في النص مسألة الإختصاص القاصر على محاكم دولة التنفيذ والإختصاص المشترك فيما بينها وبين المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه لأنها مسألة فقهية يحسن تركها لإجتهاد الفقه والقضاء يواجهان به تطور المعاملات الخاصة الدولية » .
والغريب أن يكون هذا هو ما قررته المذكرة الإيضاحية في الوقت الذي رأينا فيه أن الفقه الحديث قد أوضح خطأ الأساس الذي تقوم عليه التفرقة السابقة .

ولهذا أفلا يحق لنا أن نتساءل في النهاية عن جدوى إلغاء نص المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القديم ؟ لقد مضت الإشارة إلى أن خروج الفقه المصرى الغالب عن ظاهر هذا النص في ظل القانون القديم كان يهدف في حقيقة الأمر إلى حماية الإختصاص المصرى في الأحوال التي يتصل الأمر فيها بكيان الدولة السياسى والإجتماعى والإقتصادى ، كما هو الشأن بالنسبة لإختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بعقار واقع في مصر : وتلك إعتبارات يمكن مراعاتها فيما نرى باستخدام فكرة النظام العام التي تعد صامدا كافيا للأمان في الفروض التي قد يترتب فيها على تنفيذ الحكم الأجنبي في مصر إضطداما بالمصالح السياسية والإجتماعية والإقتصادية للمجتمع المصرى .

ومهما يكن من أمر فإن الحقيقة الوضعية التي لا تقبل الجدل الآن هي أن المشرع المصرى قد وضع بمقتضى المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات

الجديد قاعدة عامة موداها علم جواز تنفيذ الحكم الأجنبي إذا كان صادراً في شأن نزاع يدخل في اختصاص المحاكم المصرية .

حقاً إن المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد قد فتحت الطريق أمام الفقه للإجتihad والخروج عن ظاهر هذا النص رعاية لمتطلبات الحياة الخاصة الدولية . ومع ذلك فقد فات المشرع أنه قد وضع مبدأ تشريعياً صريحاً قد يحد إلى حد كبير من قدرة الفقه والقضاء على مراعاة هذه المتطلبات .

فكان المشرع في النهاية قد دعى الفقه والقضاء، في المذكرة الإيضاحية للمادة ٢٩٨ من قانون المرافعات الجديد، إلى الخروج عن المعنى الواضح المحدد للنص الذي صاغه بيده .

٦٨- الشرط الثاني: سلامة الاجراءات المتبعة في إصدار الحكم أو الامر الأجنبي

إشترط المشرع في الفقرة الثانية من المادة ٢٩٨ لإمكان تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي في مصر أن يكون « الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً » .

وقد كان هذا الشرط منصوصاً عليه في الفقرة الثالثة من المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القديم .

والمقصود بهذا الشرط أساساً هو الإطمئنان بصفة عامة على سلامة الإجراءات التي أتت خاصة ما تنقل منها باحترام حقوق الدفاع . ولهذا يؤكّد كل من الفقه الفرنسي والمصري الراجح أن تكليف الخصوم بالحضور وتمثيلهم تمثيلاً صحيحاً لا يكفي وحده لسلامة الإجراءات التي أتت في شأن الحكم الأجنبي ، وإنما يجب فوق ذلك أن يكون الحكم قد روعيت

فيه الإجراءات الأساسية اللازمة لصحته (١) .

والعبارة في تقدير سلامة الإجراءات هي بقانون الدولة التي صدر الحكم أو الأمر عن مآكلها . وبعد ذلك تطبيقاً لمبدأ عام هو خضوع الإجراءات لقانون القاضي . وهو المبدأ الذي حرص المشرع المصري على النص عليه في المادة ٢٢ من القانون المدني على نحو ما رأينا من قبل (٢) . ولذا فقد استقر القضاء المختلط على تعليق الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر على شرط أن تكون قد روعيت في إصدار الحكم « الإجراءات الأساسية المقررة في قانون المحكمة التي أصدرته » (٣) ، وهو ما أكدته أيضاً محكمة

(١) راجع في الإتجاه المائل في فرنسا Batiffol المطول رقم ٧٥٨ ، ٧٥٩ . وأنظر في مصر الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩١٧ وهو يشير إلى أن شرط صحة تكليف الحضور وصحة التمثيل في الخصومة مقصور على « الدعوى » التي صدر فيها الحكم . أي أنه لاوجه لإعمال هذا الشرط إذا كان المطلوب تنفيذه في مصر هو « أمر » صادر عن المحاكم الأجنبية بمقتضى سلطتها الولائية . ذلك أن « التكليف بالحضور يفترض قيام خصومة ، والأعمال الولائية لا تطلب عادة في خصومة تستلزم التكليف بالحضور . على أنه لو كان قانون القاضي الذي أصدر العمل الولائي يوجب تكليف الخصم المطلوب هذا العمل عبده لوجب في هذه الحالة إستيفاء شرط حصول التكليف وصحته » . المرجع السابق ص ٩١٧ هامش (١) . ومهما كان الأمر فإن فهم المقصود بشرط حصول التكليف وصحته على أنه تعبير عن مبدأ عام يوجب على المحكمة الإستيثاق من سلامة الإجراءات المتبعة بصفة عامة على نحو ما رأينا في المتن ، يبرز أهمية هذا الشرط وضرورته سواء كان المطلوب تنفيذه في مصر هو حكم أجنبي أو مجرد أمر صادر عن القضاء الأجنبي بمقتضى سلطته الولائية . إذ يتعين في هذه الحالة الأخيرة أيتضا أن يكون الأمر قد صدر بناء على إجراءات صحيحة وفقاً لقانون بلد القاضي الذي أصدره .

(٢) راجع Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn الموجز رقم ٤٢٠ Batiffol المرجع السابق وراجع ما قبله رقم ٤٢ .

(٣) راجع أحكام القضاء المختلط التي قررت هذا المعنى مشاراً إليها في مؤلف الدكتور عبود عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩١٨ هامش (٢) .

التنقض المصرية في حكم حديث لها (١) .

وقد لاحظ جانب من الفقه الفرنسي مع ذلك أن شرط مراعاة سلامة الإجراءات التي أتت في إصدار الحكم الأجنبي على النحو الذي بيناه قد يفقد فاعليته العملية إلى حد كبير إذا عرفنا أن الفقه قد إستقر على إمكان تنفيذ الحكم الأجنبي الذي صدر مخالفا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المحكمة التي أصدرته ، مادام أنه ليس من شأن هذه المخالفة التأثير على صحة الحكم (٢) . وعلى هذا النحو فاذا تأكد للقاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ أن الحكم الأجنبي قد حاز قوة الشيء المقضي به وفقاً لقانون الدولة التي أصدرته ، وهو أحد الشروط اللازمة للأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي كما سئري ، فلم يعد هناك ما يدعو إذن إلى اشتراط التيقن من سلامة

(١) راجع نقض ٢ يوليو ١٩٦٤ . مجموعة النقض، ص ١٩ ص ٩٠٩ والسابق الإشارة إليه . وقد جاء في الحكم أنه لما كانت « القاعدة الواردة بالمادة ٢٢ منق على أنه يسرى على جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد التي تجري مباشرتها فيها ، وكان إعلان الحضور بالدهوى مما يدخل في نطاق هذه الإجراءات ، وكان الطاعنون على ما قرره الحكم المطعون فيه قد أعلنوا إعلاناً صحيحاً وفق الإجراءات التي رسمها قانون البلد الذي صدر فيه الحكم ، وهو القانون الأردني ، وكانت إجراءات الإعلان طبقاً للقانون المذكور لا تتعارض مع اعتبارات النظام العام في مصر ، فإن النفي على الحكم المطعون فيه بهذا السبب يكون على غير أساس » . وراجع أيضاً الدكتور عز الدين عياد الله . الطبعة السادسة ص ٩١٨ .

(٢) راجع Bellet في المناقشات التي أعقبت تقرير Freyria تحت عنوان La notion de conflit de lois en droit public والمنشور في أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص ١٩٦٢ - ١٩٦٤ ص ١٢١ و ١٢٢ . ونفس هذا السبب يميل الفقه الحديث إلى السراح بتنفيذ الأحكام الأجنبية حتى لو كانت صادرة عن محكمة غير مختصة داخلياً ما لم يترتب على عدم اختصاصها بطلان الحكم . راجع ما قبله ص ٢٢٧ وما بعدها . بل وإن القضاء اليوناني قد إستقر تماماً على عدم مراقبة سلامة إجراءات التي ينص عليها قانون المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي . المطلوب تنفيذه في اليونان . وعلى ذلك جرى القضاء اليوناني على منح الحكم الأجنبي الإمبر بالتنفيذ رغم صدوره عن إجراءات غير صحيحة مرفقاً لقانون الدولة التي صدر الحكم عن محاكمها ، ما لم يثبت ذلك بطبيعة الحال إلى بطلان الحكم . إذ لا يجوز بداهة تنفيذ حكم أجنبي باطل . راجع في ذلك دروس Fragistas السابق الإشارة إليها ص ١٢ و ص ٢٦ .

الإجراءات المتبعة عند إصدار الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه . ذلك أن تمتع الحكم الأجنبي بالحجية في دولته يتضمن غالباً ما يفيد تحصنه من أى بطلان ناتج عن مخالفة الإجراءات المطلوبة وفقاً لقانون الدولة التي أصدرته . وفي سبيل تأكيد سلامة هذا النظر يشير أنصار الرأى السالف إلى أنه ليس هناك سابقة واحدة رفض فيها القضاء الفرنسى تنفيذ حكم أجنبي بدعوى صلوره عن إجراءات غير صحيحة، إلا وكان الحكم الأجنبي فيها قد تجاهل حقوق الدفاع ، وبالتالي تعارض مع التزام العام في فرنسا ، أى في دولة القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ .

ولعل هذا الاعتبار هو الذى دعى الرأى السالف إلى القول بأنه من الأفضل أن نواجه الأمر بصراحة ، وأن نستبدل شرط مراعاة سلامة الإجراءات المتبعة عند إصدار الحكم الأجنبي بشرط آخر هو أن تكون المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم قد كفلت الإحترام اللازم لحقوق الدفاع (١) .

وبذلك ينتهى شرط مراعاة سلامة الإجراءات وفقاً لهذا الإنجاء إلى كونه مجرد إعمال لفكرة التزام العام . ذلك أن من شروط تنفيذ الحكم الأجنبي على ما سئرى ألا يكون في تنفيذه ما يصطدم بالتزام العام في دولة القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ .

(١) راجع Bellet في المناقشات التي أعقبت تقرير Freyria السابق الإشارة إليه ص ١٢١ ، ١٢٢ وهو يشير أيضاً إلى أنه من المستحيل عملاً أن يقرم القاضي برقابة سلامة الإجراءات المتبعة في الخارج ويعمل بذلك محل القاضي الأجنبي . ذلك أن قواعد المرافعات تعتبر فرعاً من القانون العام وفقاً لرأيه ومن ثم فلا يصح أن تثير تنازعا بين القوانين . وهذه الحجة الأخيرة يسهل الرد عليها بعد أن إستقر الفقه الحديث على إمكان تطبيق قواعد القانون العام الأجنبية في الدعاوى المتضمنة عنصراً أجنبياً . راجع مولفنا في تنازع القوانين رقم ١٢ وأنظر كذلك Frangescakis في المناقشات التي أعقبت تقرير Freyria السابق الإشارة إليه ص ١٢٣ .

وعلى هذا النحو لا يجوز للقاضي أن يأمر بتنفيذ حكم أجنبي أدخل بحقوق الدفاع وفقا للمفهوم السائد في قانونه . ولا يهم بعد ذلك أن يكون هذا الإخلال قد تحقق نتيجة لخالفه الإجراءات اللازمة في قانون المحكمة التي أصدرت الحكم ، أو أن يكون تحقق هذا الإخلال قد تم رغم إنفاذ الإجراءات التي يتطلبها هذا القانون ، مادام أن إتخاذ هذه الإجراءات لا يكفل في ذاته الإحترام اللازم لحقوق الدفاع وفقاً لقانون الدولة المطلوب الأمر بتنفيذ الحكم فيها . فقد رأينا أن مراعاة الإجراءات المطلوبة في قانون المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي لا يكفي وحده لمنح الأمر بتنفيذ هذا الحكم ، وإنما يتعين في جميع الأحوال ألا يكون في تنفيذه على هذا النحو ما يتعارض مع النظام العام في دولة التنفيذ .

٦٩ - الشرط الثالث: حيازة الحكم أو الأمر الأجنبي لقوة الشيء المقضي به
إستلزم المشرع في الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٨ أن يكون الحكم أو الأمر الأجنبي المطلوب تنفيذه في مصر قد حاز قوة الشيء المقضي به طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته (١) .

وقد كان هذا الشرط منصوباً عليه بالفقرة الأولى من المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القديم .

ومؤدى هذا الشرط أنه لا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي الذي لا يصبح نهائياً بعد . ولا يجوز دون إعتبار الحكم نهائياً أن يكون باب الطعن فيه بالطرق غير العادية لا يزال مفتوحاً .

(١) ويشير البعض إلى أنه لما كانت الأوامر لا تحوز حجية الأمر المقضي به فإنه ينبغي أن يفهم شرط كون « الأمر » قد حاز قوة الأمر المقضي به على معنى « كون الأمر قد إنتهى مياد التظلم منه طبقاً لقانون القاضي الذي أصدره » ، إن كان هذا القانون يميز التظلم ويحدد له مياداً . -
راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة . ص ٩٢١ .

والعبرة في إعتبار الحكم نهائيا وحيازته بالتالى لقوة الشيء المقضى به
هى بقانون الدولة التى صدر عن محاكمها (١) .

ويؤكد الفقه المصرى سلامة هذا الشرط الذى يكفل الإستقرار اللازم
في المعاملات . ذلك أن الحكم غير النهائى معرض للإلغاء ، ومن ثم فى منع
تنفيذه فى مصر قبل حيازته لقوة الشيء المقضى به ما يكفل تلافى المفاجآت
المتربة على إلغائه (٢) .

وإذا كان الأصل هو أن الحكم يعتبر حائزا لقوة الشيء المقضى به إذا
فانت مواعيد الطعن فيه بالطرق العادية مثل الإستئناف ، إلا أن الحكم
الأجنبى قد لا يجوز مع ذلك قوة الشيء المقضى به رغم فوات مواعيد الطعن
فيه بالطرق العادية . ويحدث ذلك إذا ما انطوى الحكم على عيب خطير ،
وكان قانون الدولة التى صدر عن محاكمها يقرر بطلان بقوة القانون فى
مثل هذه الحالة . فهناك من التشريعات ما يقضى ببطلان الحكم رغم فوات
مواعيد الطعن فيه بالطرق العادية ، أو حتى بالطرق غير العادية ، إذا
ما صدر فى مواجهة شخص يتمتع بالحصانة القضائية ، أو فى مواجهة
شخص توفى أثناء نذر الدعوى . بل وتنقضى بعض التشريعات ببطلان
الحكم الصادر عن محكمة غير مختصة بإختصاصا ولائيا بالدعوى ولو كانت
مواعيد الطعن فى هذا الحكم قد انقضت (٣) .

ويترتب على إستلزام المشرع المصرى لشرط حيازة الحكم الأجنبى
المطلوب تنفيذه فى مصر لقوة الشيء المقضى به أنه لا يجوز تنفيذ الأحكام
الأجنبية المشدولة بالنفاذ المدجل ، أى التنفيذ المؤقت (٤) . وبالمثل فانه

(١) راجع Fragistas, La reconnaissance des jugements étrangers

المرجع السابق ص ١٣ والدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩١٩ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩٢٠ .

(٣) راجع Fragistas السابق ص ١٢ ، ١٣ .

(٤) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . السابق ص ٩٢٠ . وهذا هو الحل المعمول به
يفضاى كل من ألمانيا وإيطاليا . راجع فى ذلك Fragistas السابق ص ١٣ .

لا يجوز الأمر بتنفيذ الأحكام الوقتية في مصر (١) . والأمر على خلاف ذلك في البلاد التي لم ينص المشرع فيها صراحة على شرط حيازة الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه لقوة الشيء المقضي به . ففي اليونان مثلا يجيز القضاء تنفيذ الحكم الأجنبي المشمول بالنفاذ المؤقت (٢) . ومن جهة أخرى يؤكد الفقه الفرنسي جواز تنفيذ الأحكام الوقتية (٣) .

٧٠ - الشرط الرابع : عدم تعارض الحكم أو الأمر الأجنبي مع حكم أو أمر آخر سبق صدوره عن المحاكم المصرية

إشترط المشرع في الفقرة الرابعة من المادة ٢٩٨ لإمكان تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي في مصر ألا يكون متعارضاً مع حكم أو أمر آخر سبق صدوره عن المحاكم المصرية .

والنص منقول عن الفقرة الثالثة من المادة ٤٩٣ من قانون المرافعات القديم .

ويعد هذا الشرط في حقيقة الأمر تطبيقاً لفكرة النظام العام . فلا شك أن السماح بتنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع حكم سبق صدوره عن القضاء الوطني هو أمر يتعارض مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم الأجنبي فيها . ولذا فقد أكد كل من الفقه والقضاء في فرنسا سلامة هذا الشرط رغم عدم وجود نص مماثل في القانون الفرنسي (٤) .

ويكفي لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي أن يقع التعارض بين هذا الحكم وبين الحكم الصادر عن المحاكم المصرية حتى ولو كان هذا الأخير لم يحز بعد

(١) الدكتور عز الدين عبد الله . السابق ص ٩٢٠ .

(٢) راجع Fragistas المرجع السابق ص ١٣ .

(٣) راجع Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ رقم ٧٢٣ ص ٨٢٠ وما بعدها .

(٤) راجع Batiffol المطول رقم ٧٦١ و Fragistas السابق ص ١٩ .

قوة الشيء المفضى به (١) .

ويذهب جانب من الفقه المصرى إلى حد القول بعدم جواز تنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر بخبر أن نفس النزاع معروض أمام القضاء المصرى ولما يفصل فيه بعد (٢) .

ويرى جانب آخر من الفقه المصرى وجوب التفرقة بين حالة ما إذا كان القضاء المصرى مختصا بالنزاع المطروح أمامه إختصاصا مانعا، وبين الفرض الذى يكون إختصاصه فى هذا الشأن مشتركا أو جوازيا . وفى الحالة الأولى يتمتع تنفيذ الحكم الأجنبى الذى فصل فى النزاع المعروض على القضاء المصرى، بينما يجوز تنفيذه - على العكس - فى الحالة الثانية (٣) .

ونحن نقضل أن يترك الأمر لتقدير القاضى الذى طلب منه الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى ليتخذ الموقف المناسب من هذه المسألة مهتديا فى كل حالة

(١) راجع فى الحل المائل فى فرنسا Batiffol الطول رقم ٧٦١ .

(٢) راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٧٢٨ والطبعة السادسة ص ٩٢٢ . وقد أخذ التشريع الإيطالى بهذا الحل صراحة فأشارت المادة ٧٩٧ من قانون المرافعات هناك إلى عدم جواز تنفيذ الحكم الأجنبى إذا كان نفس النزاع قد طرح أمام المحاكم الإيطالية قبل حيازة الحكم الأجنبى لقوة الشيء المفضى به . راجع فى ذلك Fragistas السابق ص ٢٠ . ويؤكد هذا الإتجاه وجهة نظره على أساس كونها تطبيق « لفكرة إنكار النفع بطلب الإحالة لقيام ذات الدعوى أمام محاكم دولة أخرى فى ميدان الإختصاص القضائى الدولى » . وراجع الدكتور عز الدين عبد الله . السابق ص ٩٢٢ . ومع ذلك فقد مضت الإشارة إلى أن القضاء الحديث قد بدأ يصحح الآن نحو الإعتراف بالنفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محاكم دولة أخرى ، وهو إتجاه محمود على الأقل فى الفروض التى تكون المحاكم الأجنبية أكثر قدرة على الفصل فى النزاع . راجع ما قبله رقم ٣٨ . وبذلك فانه من المتصور فى تقديرنا أن يدفع الخصم بإحالة النزاع المطروح أمام القضاء المصرى إلى محاكم الدولة الأجنبية التى تصدت لتنظر نفس هذا النزاع . وعلى ذلك فلم يعد هناك إذن ما يبرر رفض تنفيذ الحكم الأجنبى لمجرد أن نفس النزاع مطروح أمام القضاء المصرى . وراجع فى الإتجاه المائل فى اليونان Fragsistas المرجع السابق ص ٢٠ .

(٣) الدكتور شمس الدين الوكيل . دروس فى القانون الدولى الخاص . المرجع السابق ص ٢٠٤ .

على جدة باعتبارات الملازمة من جهة، ومتطلبات النظام العام، من جهة أخرى .
فليس من الخير أن نتخذ موقفا مبدئيا من المشكلة دون علم سابق بظروف
الدعوى وملابساتها . إذ من المحتمل أن يكون الحكم الأجنبي صادرا في
دعوى تركز معظم أدلة الإثبات فيها في الدولة التي تتبعها المحكمة السق
أصلنرت الحكم . ففي مثل هذه الحالة تبدو بصفة خاصة أهمية السماح
بتنفيذ الحكم الأجنبي ، ما لم يصطدم ذلك باعتبارات النظام العام في مصر .

.. ولعله مما يؤيد وجهة نظرنا أن الفقرة الرابعة من المادة ٢٩٨ قد أشارت
صراحة إلى أن المانع من تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي في مصر هو تعارضه
مع حكم أو أمر آخر سبق صدوره عن القضاء المصرى وليس مجرد أن
نفس النزاع معروض أمام هذا القضاء .

٧١ - الشرط الخامس : عدم تعارض الحكم أو الأمر الأجنبي مع النظام العام في مصر

إشترط المشرع المصرى في النهاية لإمكان تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي
ألا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب في مصر (المادة ٢٩٨/٤ من
قانون المرافعات الجديد والمقابلة للمادة ٤٩٣/٤ من القانون القديم) .

ومن المعلوم أن فكرة النظام العام هى فكرة مرنة ومتطورة تتغير بتغير
الزمان والمكان . ويترتب على مرونة فكرة النظام العام على هذا النحو
أنه يتعين بداهة توافر الشرط السالف عند التقدم بطلب تنفيذ الحكم الأجنبي ،
ولو لم يكن في هذا الحكم ما يخالف النظام العام عند صدوره عن القضاء
الأجنبي (١) . ولذا فإن للقاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ أن يقرر ما
إذا كان الحكم أو الأمر الأجنبي متعارضا مع النظام العام في مصر من علمه
وفقا لأشروف وملابسات الدعوى، مهتديا في ذلك بالأسس الإجتماعية
والاقتصادية والسياسية السائدة في دولته .

(١) راجع Batiffol المطول رقم ٧٦١ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ٢٠٥ .

وعلى ذلك فلا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي في مصر إذا تضمن مثلاً الإيمان بفكرة التفرقة العنصرية . بل وإن القاضي الوطني يجوز له أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبي إذا تضمنت حيثياته عبارات تجافي الشعور العام في الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم .^(١) وعلى هذا النحو فقد رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بآثار حكم صادر من إحدى المحاكم الألمانية تضمنت حيثياته عبارات تحمس كرامة المرأة الفرنسية (٢) .

ومن جهة أخرى فقد مضت الإشارة إلى أن الحكم الأجنبي الذي يتجاهل الضمانات الأساسية لحقوق الدفاع وفقاً للمفهوم السائد في دولة القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ يعد مخالفاً للنظام العام في هذه الدولة (٣) . وعلى ذلك فلا يجوز في مصر تنفيذ الحكم الأجنبي الذي أخل بحقوق الدفاع ، حتى لو كان القاضي الذي أصدر الحكم قد اتخذ الإجراءات التي يتطلبها قانونه (٤) .

وقد ذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه إلى رفض تنفيذ الحكم الأجنبي إذا ما تبين أن الخصوم قد قاموا بتغيير ضابط الإسناد للهروب

(١) راجع الدكتور شمس الدين الوكيل . المرجع السابق ص ٢٠٥ .

(٢) راجع قضاء محكمة السين في هذا المعنى معروضا في Fragistas المرجع السابق ص ٢٢ . وأنظر في تطبيقات أخرى لفكرة النظام العام وفقاً لقضاء هذه المحكمة :

Bellet, La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers.

منشور في أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص ١٩٦٢ - ١٩٦٤ ص ٢٦٩ و ٢٧٠ .

(٣) راجع ما قبله رقم ٦٨ .

(٤) بل أنه يمكن القول بأنه لو كان الإخلال بحقوق الدفاع قد تم نتيجة لمخالفة الإجراءات المنصوص عليها في قانون الدولة التي تتبعها المحكمة التي أصدرت الحكم ، فإن الإمتناع عن تنفيذ الحكم في هذه الحالة يبدو أمراً طبيعياً دون حاجة إلى إستخدام فكرة النظام العام . إذ يرد الإمتناع عن تنفيذ الحكم في هذه الحالة إلى تخلف شرط سلامة الإجراءات المتبعة عند إصدار الحكم عل نحو ما رأينا من قبل . راجع ما قبله رقم ٦٨ .

من أحكام القانون المختص (١) . ونحن لا نرى مانعا من الأخذ بهذا النظر في مصر . فلا شك أن تنفيذ الحكم الأجنبي الذي ينطوى على غش نحو القانون هو أمر يتعارض مع النظام العام في مصر (٢) .

ويلاحظ الفقه الفرنسي بحق أن إعمال فكرة النظام العام في نطاق تنفيذ الأحكام الأجنبية يجب أن يكون محصورا في نطاق أضيق من نطاق إعمال هذه الفكرة عند تطبيق القوانين الأجنبية . فلو كان النظام العام يحول في بعض الفروض دون الاعتراف بالحق الناشئ تطبيقا للقانون الأجنبي ،

(١) راجع قضاء محكمة السين في قضية Gunzbourg معروضا في :

Bellet, La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers.

السابق الإشارة إليه ص ٢٧٠ مع ، ملاحظة أن المقصود بالقانون المختص في تقديرنا هو القانون الذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد في الدولة التي تبناها المحكمة الأجنبية التي رفع النزاع إليها ابتداء . راجع ما يده رقم ٧٢ .

(٢) ولا يتقح في هذا النظر إستقلال الدفع بالفسخ نحو القانون عن الدفع بالنظام العام كوسيلة لإستبعاد القانون الأجنبي في مجال تنازع القوانين (راجع مؤلفنا في تنازع القوانين السابق الإشارة إليه ص ٢٨٣ وما بعدها) . ذلك أن اثر الفسخ في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية هو مجرد رفض تنفيذ الحكم الأجنبي المنطوى على الفسخ ، وهو بعد أثر يمكن تحقيقه عن طريق إعمال شرط النظام العام . فقد رأينا أنه لا يجوز لقاضي التنفيذ في مصر أن يقوم بتعديل الحكم الأجنبي بعد مراجعته موضوعيا ولو تحت ستار شرط التبادل . راجع ما قبله رقم ٦٢ . وعلى ذلك فليس هناك مجال لإعمال نظرية الفسخ وفقاً لمفهومها التقليدي في مجال تنازع القوانين وما يؤمى إليه ذلك من إستبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الإختصاص وفقاً للشايط المتمثل وإعادة الإختصاص إلى القانون الذي أراد الخصوم التهرب من أحكامه . وإنما تنحصر مهمة القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ في مصر في منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ أو رفض منه هذا الأمر . ومن هنا يبدو لنا إمكان الإبتعاد إلى فكرة النظام العام كشرط لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي الذي ينطوى على غش نحو القانون . ويعد الحكم الأجنبي منطويا على غش نحو القانون أيضا فيما لو تبين لقاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ أن الخصوم قد تمسكوا بالخصم باختيارهم إلى القضاء الأجنبي وعدم رفع دعواهم أمام المحكمة التي كانت مختصة بنظر الدعوى أصلا لعلهم المسبق بأن قواعد الإسناد في قانون هذه المحكمة تشير بتطبيق قانون لا يتفق ومصالحهم في الدعوى . راجع في تأكيد إعمال نظرية الفسخ في مجال تنازع الإختصاص القضائي الدولي ما قبله .

فإن تنفيذ الحكم الأجنبي الذي قرز هذا الحق بالفعل قد لا يتعارض بالضرورة مع النظام العام . فواعة صنور الحكم الأجنبي المؤكد لاحق موضوع النزاع تعد في ذاتها حقاً مكتسباً يجب إحترامه من الوجهة الدولية . وعلى ذلك يتعين حصر حالات إنكار هذا الحق باسم النظام العام في نطاق أضيق بالضرورة مما لو كنا بصدد حق ناشئ في الخارج لإعمالا للقانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيقه على الدعوى ولما يتأكد بعد بحكم فاصل في النزاع (١) .

ونشير في النهاية إلى أن تحقق القاضى من كون الحكم الأجنبي لايتعارض مع النظام العام في مصر هي مسألة موضوعية تقتضى بالضرورة التعرض لموضوع الحكم . ولذا فنحن نتفق تماماً مع بعض الشراح المصريين فيما لاحظوه بحق من كون تسمية شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر والتي عددها المشرع في المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات بـ « الشروط الخارجية أو الشكلية للحكم » - كما درج على ذلك الفقه المصرى في مجموعه - هي تسمية خاطئة (٢) . ولذلك فضلنا تسميتها بـ « الشروط الأساسية لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر » .

٧٢ - شرط تطبيق القانون المختص وفقاً لقواعد الاسناد المصرية - عدم لزومه

يشترط القضاء الفرنسى أن يكون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في فرنسا قد طبق على النزاع القانون المختص وفقاً لما تشير به قواعد الإسناد

(١) راجع رسالة الدكتور فؤاد رياض : *La valeur internationale des jugements en droit comparé*. Batiffol السابق الإشارة إليها ص ١١٣ وأنظر المطول رقم ٧٦١ و٦٢٣ و *Fragistas* السابق ص ٢١. وقرب هذه الأفكار من نظرية الحقوق المكتسبة في القانون الانجليزى . راجع بحث الدكتور فؤاد رياض *Foreign jurisdictional acts* والسابق الإشارة إليه ص ٦ وما يبعثها .
(٢) راجع في هذا المعنى الدكتور محمد كمال فهمى . أصول القانون الدول الخاص ص ٥٣٥ هامش (١) .

الفرنسية (١) .

وقد تأثر جانب من الفقه المصرى الرائد بهذا الاتجاه فاشتراط لامكان تنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر أن تكون المحكمة التى أصدرته قد طبقت القانون الذى تشير قاعدة الإسناد المصرية باختصاصه (٢) .

ونحن لا نتفق مع هذا رأى ، لأنه من الغريب حقاً أن نستلزم من القاضى الأجنبى الانصياع لأوامر غير تلك الصادرة من مشرعه . وإذا كان انصار هذا الاتجاه قد ظنوا ان اشتراط تطبيق القانون المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية فى الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها يضمن سد الطريق فى وجه من يهدف الى التحايل على أحكام هذا القانون ، فقد فاتهم ملاحظة أن منع هذا التحايل هو أمر يكفله دائماً الاعمال الطبيعى لنظرية الغش نحسو القانون (٣) .

(١) راجع Batiffol رقم ٧٦٠ .

(٢) الدكتور حامد زكى المرجع السابق ٤٢٣ .

(٣) راجع هذا المعنى فى Simon - DePitre, Droit int. Privé p. 187 .
وعلى هذا النحو فلو تبين للقاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ ان الخصوم قد خضعوا باختيارهم للقضاء الأجنبى لمجرد علمهم ان قواعد الإسناد فى الدولة التى يتبعها هذا القضاء تشير بتطبيق القانون الذى يتفق مع مصالحهم فى الدعوى ، وحتى يفلتوا بذلك من أحكام القانون الذى تشير باختصاصه قواعد الإسناد فى دولة التنفيذ والتى كانت يحاكمها مختصة أصلاً بنظر النزاع ، جاز للقاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ فى تقديرنا ان يمتنع فى هذه الحالة عن تنفيذ الحكم الأجنبى لئلا يضمنه غشاً نحو القانون . راجع ما قبله ص ٢٥٠ هامش ٢ وأنظر فى مدى إمكان إعمال نظرية الغش فى مجال الاختصاص القضائى الدول lagarde فى تعليقه على حكم محكمة باريس الصادر فى ١٩ فبراير ١٩٦٠ والمنشور فى Riv crit ١٩٦١ ص ١٨٢ وما بعدها . وراجع أيضاً :
Bellet, la jurisprudence du tribunal de la seinc en matière d'exequatur des jugements étrangers.

والمنشور فى أعمال اللجنة الفرنسية لقانون التولى الخاص ١٩٦٢ - ١٩٦٤ ص ٢٧٠ . ولا يصح الاعتراض على ذلك بالقول بإمكان الامتناع عن تنفيذ الحكم الأجنبى فى هذا القرض لصوره فى شأن نزاع يدخل فى اختصاص المحاكم الوطنية ، فقد مضت الإشارة الى ان الفقه الغالب قد استقر على جواز تنفيذ الحكم الأجنبى رغم اختصاص القضاء الوطنى بنظر الدعوى ، على الأقل فى بعض الفروض . راجع ما قبله رقم ٦٧ ومن هنا تبين لنا أهمية الإسناد إلى فكرة الغش نحو القانون كوسيلة للإمتناع عن تنفيذ الحكم الأجنبى فى مثل هذه الفروض . فقد رأينا ان تنفيذ الحكم الأجنبى المنطوق على الغش يسلم بالنظام العام فى الدولة المطلوب تنفيذ فيها . راجع ما قبله رقم ٧١ .

ومن جهة أخرى فإن الاتجاه السالف يودى الى التضييق من حالات تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر دون مبرر ، اذ أن تنفيذ الأحكام الأجنبية لن يتأتى وفقاً لهذا الرأى الا لو تطابقت قاعدة الإسناد المصرية مع قاعدة الإسناد المعمول بها في الدولة التى صدر الحكم عن محاكمها (١) .

ومهما كان الأمر فإن المشرع المصرى لم يشر الى هذا الشرط في المادة ٢٩٨ / مرافعات ، فلو كان المشرع يرى الأخذ به لما تردد في النص عليه .

وقد اتجه جانب من الفقه المصرى الحديث الى التفرقة بين حالة ما اذا كانت قاعدة الاسناد المصرية تشير بتطبيق القانون المصرى على النزاع الذى صدر الحكم الأجنبى المراد تنفيذه في مصر بشأنه ، وبين الفرض الذى يكون فيه القانون الواجب التطبيق على الدعوى وفقاً لهذه القاعدة هو قانون أجنبى .

فاذا طبقت المحكمة الأجنبية قانوناً أجنبياً رغم اختصاص القانون المصرى بحكم النزاع وفقاً لقواعد الإسناد المصرية امتنع القاضى عن تنفيذ الحكم الأجنبى في مصر حماية « للاختصاص التشريعى للقانون المصرى » . أما اذا كانت قواعد الاسناد المصرية تشير بتطبيق قانون أجنبى على النزاع اكتفى القاضى المصرى بالتأكد من كون المحكمة الأجنبية قد طبقت القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد السائدة في الدولة التى صدر الحكم عن محاكمها (٢) .

وقد تأثر هذا الاتجاه برأى جانب من الشراح الفرنسيين الذين أخذوا بالتفرقة السالفة في فرنسا (٣) .

(١) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٣٨ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله الطيبة الثانية ص ٧٣٠ والطبعة السادسة ص ٩٢٣ و ٩٢٤ .

(٣) Nibyoet ج ٦ رقم ١٩٦٢ ونما بعده .

ونحن لا نتفق مع هذا الرأى بدوره ، فقد مضت الاشارة الى أن القاضى الأجنبى يخضع لأوامر مشرعه ويلتزم بتطبيق القانون الذى تشير به قاعدة الاسناد فى دولته . ولا يصح بعد ذلك أن نمتنع عن تنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر مجرد ان القانون المطبق على النزاع يختلف عن القانون الذى تشير به قواعد الاسناد المصرية ، حتى لو كان هذا القانون هو القانون المصرى . فاذا كان المشرع قد استلزم تطبيق القانون المصرى على المنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا فى بعض الأحوال ، فإن مجال ذلك هو الدعاوى المرفوعة أمام القضاء المصرى . أما وقد رفع النزاع أمام المحاكم الأجنبية فلم يعد مستساغا أن نشترط تطبيقها للقانون المصرى فى جميع الأحوال التى ينص فيها المشرع عندنا بتطبيق هذا القانون . فقد رأينا ان حاجة المعاملات الدولية تقتضى احترام الأحكام الأجنبية والسماح بتنفيذها فى مصر طالما توافرت فيها الشروط التى عددها المشرع فى المادة ٢٩٨ / مرافعات ، وليس من بين هذه الشروط ما استلزمه الرأى السالف من ضرورة احترام الاختصاص التشريعى للقانون المصرى .

وقد أخذ البعض على الرأى السالف أيضا انه « لا يتسق الا مع صياغة قواعد الإسناد صياغة مفردة . الجانب وهذا ما ليست عليه الحال فى الفئانون الوضعى » (١) .

ومن جهة أخرى فإن التفرقة التى قال بها الرأى السالف توحى بصحة ما ردهه جانب من الفقهاء الفرنسيين وبعض أحكام القضاء هناك من كون قاعدة الإسناد الوطنية لا تتعلق بالنظام العام الا عند اشارتها بتطبيق القانون الوطنى ، وهو الأمر الذى رتب عليه الفقه الفرنسى السابق نتيجة محل نظر مؤداها ان القاضى لا يلتزم بتطبيق القانون الأجنبى من تلقاء نفسه (٢) .

(١) الدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٤٠ .

(٢) راجع هذا الاتجاه معروضا فى رسالتى رقم ١١٠ وهما يعيد .

وواقع الأمر أن القاضى يلتزم بأعمال الإسناد الوطنية وتطبيق القانون الذى تشير باختصاصه فى جميع الأحوال دون تفرقة بين ما اذا كان هذا القانون هو القانون الوطنى أو القانون الأجنبى . فقاعدة الإسناد تستجيب فى كلتا الحالتين لاعتبارات تتعلق بالنظام العام مرجعها ان القانون الذى تشير به هو أصلح القوانين لحكم العلاقة محل البحث (١) .

ويبدو بذلك ان التفرقة التى أقامها الفقه السابق تفتقد الأساس القانونى السليم . ومع إيماننا بتعلق قاعدة الإسناد بالنظام العام فى جميع الأحوال ، فان هذا لا يعنى ان فى تطبيق الحكم الأجنبى المطلوب تنفيذه فى مصر لقانون غير ذلك الذى تشير به هذه القاعدة ما يصطدم بالنظام العام وفقاً للمعنى المفهوم لهذه الفكرة فى القانون الدولى الخاص .

فاذا كان تعلق القاعدة الموضوعية الداخلية بالنظام العام لا يستلزم بالضرورة استبعاد القانون الأجنبى الذى يتضمن حكم مخالف لها باسم النظام العام فى مجال تنازع القوانين ، فانه وبالمثل لا يعد فى تطبيق الحكم الأجنبى لقانون يختلف عن القانون الذى تشير به قاعدة الإسناد الوطنية - وحتى لو كان هذا القانون هو القانون المصرى - ما يستتبع بانضرورة منع تنفيذ هذا الحكم فى مصر بدعوى تعلق قاعدة الاسناد بالنظام العام .

ويؤكد هذا النظر ما مضت الاشارة اليه من كون اعمال فكرة النظام العام بالنسبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية ينحصر فى مجال أضيق من المجال التقليدى لاعمال هذه الفكرة بالنسبة لتنازع القوانين ، استجابة للاعتبارات الدولية .

ويبدو أن رأى الذى نخالفه قد ظن ان فى تطبيق المحكمة لقانون آخر غير القانون المصرى الذى تشير باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية ما يتعارض

بالضرورة مع النظام العام في مصر . ولهذا فقد قرر هذا القدر في معرض تأكيده لآرائه ، أن القول بكسره « يؤدي الى نتائج غير مقبولة ومثاله » ان يصدر حكم أجنبي يطبق في نزاع في عقد متعلق بعقار في مصر قانونا أجنبيا » (١) .

والواقع أن تطبيق قانون أجنبي خلافا لما تقضى به قواعد الإسناد المصرية في المثال السابق يؤدي الى نتائج تتعارض فعلا مع النظام العام في مصر . ومع ذلك فنحن لا نسلم بأن الحال يكون كذلك بالضرورة فيما لو كانت المحكمة الأجنبية قد طبقت قانونا أجنبيا في نزاع يتعلق بمال منقول كائن في مصر خلافا لما تقضى به قاعدة الإسناد المصرية في هذا الشأن .

ومهما كان الأمر فلو كان صحيحا ان تطبيق المحكمة لقانون آخر غير القانون المصري الذي أشارت باختصاصه قواعد الإسناد المصرية قد يؤدي في بعض الأحوال الى نتائج تتنافى مع النظام العام، فإن منع تنفيذ الحكم الأجنبي في هذه الحالة يستند على تعارضه مع النظام العام في مصر وليس على مجرد تطبيقه لقانون أجنبي .

ويترتب على ذلك في تقديرنا انه يجوز تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر حتى ولو طبقت قانونا أجنبيا على نزاع يختص القانون المصري به وفقاً لقواعد الإسناد المصرية، مادامت النتيجة التي انتهى اليها الحكم تطبيقاً للقانون الأجنبي بمائلة للنتيجة التي يؤدي اليها اعمال القانون المصري في الدعوى (٢) .

(١) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧٣٠ والطبعة السادسة ص ٩٢٤ .

(٢) وقد أكد القضاء الفرنسي نفسه هذا الحل رغم أنه يشترط للملح بتنفيذ الحكم الأجنبي كما رأينا ان يكون الحكم قد طبق على الدعوى القانون المختص وفقاً لقواعد الاسناد الفرنسية فقد أجاز القضاء الفرنسي تنفيذ الأحكام الأجنبية التي طبقت قانونا غير مختص وفقاً لقواعد الاسناد الفرنسية مادام أن الحل الذي إنتهى إليه الحكم مطابق للنتيجة التي كان يمكن ان يؤدي إليها اعمال القانون التي تشير هذه القواعد باختصاصه . راجع في هذا المعنى *Fragistas* للمرجع السابق ص ٢٤ و *Bellet* في تقريره السابق لإشارة إليه والمنشور بأعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص ١٩٦٢ - ١٩٦٤ ص ٢٧٤ ، ٢٧٥ .

بل ويجوز تنفيذ الحكم الأجنبي أيضا ولو اختلفت النتيجة التي توصل إليها عن تلك التي ترتب على تطبيق القانون المصري ، مادامت هذه النتيجة لا تعارض في ذاتها مع الثناء العام في مصر على الوجه المخفف لهذه الفكرة في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية .

ويلاحظ في النهاية ان استبعاد شرط تطبيق القانون المختص في القانون المصري لا يمنع ادخال هذا الشرط في نطاق التبادل . فقد رأينا أنه لو كانت الدولة التي أصدرت محاكمها الحكم المراد تنفيذه في مصر تستوجب الفحص الموضوعي للأحكام الصادرة عن قضاء الدول الأخرى قبل الأمر بتنفيذها ، فانه يجوز للقاضي المصري قبل تنفيذ الحكم الأجنبي في هذه الحالة أن يفحصه بالمثل فحوصا موضوعيا . وتتحدد سلطة المحكمة في فحص الحكم الأجنبي في هذا الفرض على نحو ما تتحدد به سلطة القضاء الأجنبي في فحص الأحكام المصرية . وموّدَى ذلك انه لو كان القضاء الأجنبي يشترط في الحكم المصري المراد تنفيذه في دولته أن يكون قد طبق القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد هناك ، فانه يتعين على القاضي المصري بالمثل ان يسلك هذا المسلك اذا ما طلب منه تنفيذ الحكم الأجنبي في مصر (١) .

ثالثا : إجراءات طلب الأمر بالتنفيذ

٧٣ - دعوى الأمر بالتنفيذ

تنص المادة ٢٩٧ من قانون المرافعات على أنه « يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوّة اع المتادة لرفع الدعوى » (٢) .

(١) راجع في هذا المعنى الدكتور محمد كمال فهمي ص ٤٥ .

(٢) والنص منقول عن المادة ٤٩٢ من قانون المرافعات القديم والتي كانت تنص على أنه « يطلب الأمر بالتنفيذ بتكليف الخصم بالحضور بالأوضاع المتعادة أمام المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها » .

وينعقد الاختصاص باصدار أمر التنفيذ للحكم الأجنبي وفقاً لهذا النص للمحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها ، وذلك أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه في مصر .

وتطبق على دعوى الأمر بالتنفيذ نفس الإجراءات المتبعة وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات (١) .

والخصوم في دعوى طلب الأمر بالتنفيذ هم نفس الخصوم في الدعوى الأصلية التي صدر الحكم الأجنبي بمناسبتها .

أما عن موضوع الدعوى فهو طلب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي على نحو ما رأينا من قبل . فدعوى الأمر بالتنفيذ ليست إذن دعوى مبتدأة .

ويترتب على ذلك عدة نتائج أهمها :

(١) إذا كانت سلطة القاضي في فحص موضوع النزاع تختلف تبعاً للمعاملة التي يلقاها الحكم المصري في الدولة التي تتبعها المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في مصر ، إلا أنه لا يجوز مع ذلك للقاضي أن يعدل الحكم الأجنبي بحال من الأحوال تحت ستار شرط التبادل على نحو ما رأينا من قبل . (٢) فما دام أن موضوع الدعوى هو طلب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ، فانه يترتب على ذلك أن تنحصر سلطة القاضي في السماح بتنفيذه أو رفض الأمر بالتنفيذ (٣) .

(٢) إذا كان للمحكمة عند النظر في طلب الأمر بالتنفيذ أن تراجع موضوع الدعوى بمقتضى شرط التبادل، فان للمدعى عليه في هذه الحالة

(١) وكانت المادة ٤٩٥ من قانون المرافعات القديم تنص على أنه « تحكم المحكمة في طلب الأمر بالتنفيذ على وجه السرعة » .

(٢) راجع ما قبله رقم ٦٢ .

(٣) أنظر في هذا الاتجاه أيضاً Fragistas في دروسه السابق الإشارة إليها ص ٢٥ .

أن يبدى إعتراضه على الحكم المطلوب تنفيذه ، كما يكون له أن يبدى وسائل دفاع جديدة . ومع ذلك فليس للمدعى أو المدعى عليه أن يبدى أى طلبات جديدة أو إضافية . ويعد ذلك أيضا نتيجة منطقية لعدم إعتبار دعوى طلب الأمر بالتنفيذ دعوى مبتدأة (١) .

(٣) وأخيرا فان لعدم إعتبار الأمر بالتنفيذ دعوى جديدة أثره على عبء الإثبات .

ويثور التساؤل في هذا الشأن بصفة خاصة بالنسبة لإثبات وقائع النزاع في الفروض التى يتصدى فيها القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ لموضوع الدعوى من جهة ، وإثبات توافر الشروط الأساسية اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبى في مصر من جهة أخرى .

أ - قد يتصدى القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ لموضوع اندخوى إعمالا لشرط التبادل . ويثور التساؤل في هذا الفرض عن الحصم الذى يقع عليه عبء إثبات وقائع النزاع .

ويؤكد الفقه الراجح بحق أن المدعى عليه هو الذى عليه أن يثبت عدم سلامة الوقائع التى اثبتها الحكم الأجنبى المطلوب تنفيذه . فدعوى الأمر بالتنفيذ ليست دعوى جديدة حتى يقع عبء إثبات وقائعها على المدعى وفقا للقواعد العامة (٢) . فواقع الأمر أن الحكم الأجنبى يند واقمة لا يجوز للقاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ تجاهلها (٣) . وعلى هذا النحو يعترف الفقه بوجود قرينة قانونية على صحة الوقائع التى يتضمنها الحكم الأجنبى .

(١) راجع Fragistas السابق ص ٢٥ والدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٤١ .

(٢) راجع Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn الموجز رقم ٤٢٥ و Batiffol المطول رقم ٧٦٥ .

(٣) راجع فى ذلك André Huet, Les conflits de lois en matière de preuve رسالة مقدمة إلى جامعة ستوايبورج ١٩٦٥ رقم ١١٨ ص ١٤٨ .

وعلى المدعى عليه فى دعوى الأمر بالتنفيذ - إن أراد - أن يثبت عدم سلامة الوقائع التى يرتكن إليها الحكم الأجنبى المطلوب تنفيذه (١) .

وبهذا تبدل مصلحة المدعى المحكوم لصالحه فى عدم رفع دعوى مبتدأة بالحق الذى يدعيه فى مصر . ذلك أن رفع دعوى جديدة يقتضى إلقاء عبء إثبات الوقائع المثبتة للحق المدعى به على عاتق المدعى ، أما إذا تقدم هذا الأخير بطلب تنفيذ الحكم الأجنبى المقرر لحقه أمام المحاكم المصرية فلن يكون فى حاجة إلى إثبات الوقائع التى يستند إليها الحق الذى يدعيه ، وإنما يقع على المدعى عليه - على العكس - عبء إثبات عدم صحة الوقائع التى يتضمنها الحكم الأجنبى (٢) .

وغنى عن البيان أن الحل السابق لا يتأتى إلا فى الفروض التى يتعرض فيها القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ لموضوع الدعوى لإعمالا لشرط التبادل . أما إذا لم يتصد القاضى المصرى لموضوع الدعوى، واكتفى بمراقبة مدى توافر الشروط الأساسية اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر - كما لو كان قانون الدولة التى تتبعها المحكمة التى أصدرت الحكم الأجنبى يكتفى بمراقبة مماثلة للأحكام المصرية المطلوب تنفيذها هناك - فلم يعد للمدعى عليه فى دعوى الأمر بالتنفيذ الحق فى إثبات عدم سلامة الوقائع التى يتضمنها الحكم الأجنبى .

فحق المدعى عليه فى إثبات عكس ما يتضمنه الحكم الأجنبى من وقائع لا يتصور إلا فى حالة تصدى القاضى المصرى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ

(١) راجع دروس Fragistas السابق الإشارة إليها ص ٢٥ .

(٢) راجع فى هذا المعنى أيضا Fragistas السابق ص ٢٥ . ويلاحظ مع ذلك أنه إذا رفع المحكوم لصالحه دعوى مبتدأة بالحق الذى يدعيه - كما لو لم تتوافر الشروط الأساسية اللازمة لسلامة الحكم الأجنبى الصادر لصالحه - فهو يستطیع فى هذه الحالة أن يتسكك بالحكم الأجنبى كدليل لإثبات الوقائع التى يتضمنها على نحو ما سنرى قريبا بعد . راجع ما بعده رقم ٧٨ .

لموضوع النزاع إعمالا لشرط التبادل (١) .

ب - أما بالنسبة لإثبات الشروط الأساسية لتنفيذ الحكم الأجنبي في مصر ، فقد ذهب البعض إلى أن المدعى عليه في هذا الفرض أيضا هو الذي يتعين عليه إثبات عدم توافر هذه الشروط على إعتبار ان دعوى طلب الأمر بالتنفيذ « ليست دعوى جديدة بالحق الذي قضى فيه الحكم المطلوب تنفيذه » (٢) .

ونحن لا نتفق مع هذا النظر، لأن مواده أنه لو لم يقدم المدعى عليه ما يثبت عدم توافر الشروط الأساسية في الحكم الأجنبي جاز تنفيذه ، وهي نتيجة تعارض تماما مع حكمة التشريع . إذ أن من واجب القاضى أن يتحقق من تلقاء نفسه من مدى توافر الشروط اللازمة لصحة الحكم الأجنبي قبل إصدار الأمر بالتنفيذ . فهذه الشروط تستجيب لاشك إلى اعتبارات تتعلق بالنظام العام في دولة التنفيذ .

ولعل المدعى في دعوى الأمر بالتنفيذ - وهو المحكوم لصالحه في الدعوى الأصلية - هو خير من يساعد القاضى في هذا البحث ، لأنه صاحب المصلحة الحقيقية في تنفيذ الحكم الأجنبي ، ومن ثم فهو خير من يكلفه القاضى بإثبات توافر الشروط اللازمة لإمكان تنفيذ هذا الحكم في مصر (٣) .

ويرى جانب من الفقه الفرنسي مع ذلك أنه يتعين إستثناء الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية من القاعدة السابقة . فهذه الأحكام تتضمن تقرير حالة واقعية لا سبيل إلى إغفالها . ولهذا فهناك قرينة قانونية على سلامة هذه الأحكام وصحتها من الوجهة الدولية ، ومن ثم فعلى المدعى عليه الذي

(١) قرب Huet في رسالته السابق الإشارة إليها ص ١٤٨ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٧١٤ والطبعة السادسة ص ٨٩٩ .

(٣) راجع في تأكيد هذا الإتجاه Huet في رسالته رقم ١١٩ و Batiffol المطول

حدث التمسك بحجية هذه الأحكام في مواجهته أن يقيم الدليل على عدم توافر الشروط اللازمة لسلامتها دولياً (١) .

ويصح لنا أن نتساءل في النهاية عما إذا كان من حق المحكوم له ألا يلجأ إلى تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر لصالحه رغم توافر الشروط الأساسية اللازمة لصحته وتحقق شرط التبادل ، ويرفع دعوى مبتدأة بالحق الذي قرره له هذا الحكم (٢) .

ولعل الصحيح هو ما قرره البعض (٣) من أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على مدى التسليم بحجية الشيء المقضي به للحكم الأجنبي الذي لم يطلب الأمر بتنفيذه في مصر . وسنرى فيما بعد أن الفقه المصري الراجح قد انتهى إلى جواز الإعراف بحجية الأمر المقضي به للحكم الأجنبي في هذه الحالة ، طالما تحقق شرط التبادل ، وتوافرت في الحكم الشروط الأساسية اللازمة لصحته والتي مضت الإشارة إليها . وعلى ذلك فإذا تحقق التقاضي الذي رفع إليه النزاع من جديد من توافر هذه الشروط امتنع عن نظر الدعوى الجديدة على أساس سبق الفصل فيها بمعرفة القضاء الأجنبي . أما إذا تبين للقاضي أن الحكم الأجنبي لا تتوافر فيه الشروط السالفة جاز له أن ينظر الدعوى الجديدة .

(١) راجع Francescakis, La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers et le droit international privé de la famille والمنشور في Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne. ص ٤٧٠ . وسنرى فيما بعد أن أحكام الحالة والأهلية تشكل أيضاً استثناء على القواعد العامة بالنسبة للشروط الواجب توافرها في الحكم الأجنبي لكي يعترف له بحجية الأمر المقضي به . راجع ما بعده رقم ٧٧ .

(٢) مع ملاحظة أن هذا الفرض قد يخلو من الأهمية العملية . فقد مضت الإشارة إلى أن من مصلحة المحكوم لصالحه أن يرفع دعوى الأمر بالتنفيذ حتى يكون بمنأى عن إثبات الوقائع المقررة لحقه فيما لو رفع دعوى مبتدأة بالحق الذي قرره له الحكم الأجنبي .

(٣) (٤) المعيد الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة الثانية ص ٧١٤ والطبعة السادسة ص ٩٠٠ .

٧٤ - ضمانات التنفيذ

نحرص بعض التشريعات على تقرير تأمين خاص لمن صدر الحكم لصالحه وذلك مثل التضامن بين المدينين المحكوم عليهم في القانون الانجليزي ، أو الرهن القضائي في القانون الفرنسي ، والذي يترتب على أموال المدين لصالح الدائن المحكوم له .

وبثور التساؤل عما اذا كان هذا التأمين يظل عالقاً بالحكم الاجنبي بعد منحه الأمر بالتنفيذ في مصر من عدمه .

ونحن نعتقد مع جانب من الفقهاء الفرنسيين والمصريين ان الأمر يقتضي التفرقة بين فرضين (١) :

الفرض الأول : اذا كان التأمين قد نشأ عن الحكم تلقائياً وبقوة القانون كما هو الشأن بالنسبة لنظام التضامن بين المدينين المحكوم عليهم في النظام الانجليزي او الرهن القضائي في القانون الفرنسي « فلا يجوز التمسك بهذا التأمين في مصر لأنه يعتبر في هذه الحالة من ضمانات التنفيذ ، وهذه تخضع دائماً لقانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها . فـضمانات التنفيذ تعد من مسائل الاجراءات التي تخضع لقانون القاضي ».

وعلى ذلك فاذا كان القانون الاجنبي يرتب للمحكوم له تأمين خاص بمقتضى الحكم الصادر لصالحه فلا يجوز التمسك بهذا التأمين في مصر : لأن القضاء المصري هو الذي منح للحكم الاجنبي قوته التنفيذية . ومن ثم تخضع ضمانات التنفيذ للقانون المصري دون غيره .

حقاً ان الحكم الاجنبي لا يفقد صفة الاجنبية رغم صدور الأمر بتنفيذه في مصر . اذ يلاحظ ان القانون الاجنبي الواجب التطبيق في مصر بمقتضى

(١) راجع Niboyet ج ٦ رقم ١٩٤٢ و ١٩٧٨ وما بعده والدكتور محمد كمال فهمي رقم ٤٢٩ .

قواعد الاسناد المصرية لا يتجرد هو الآخر - ورغم احتفاظه بطبيعته القانونية - من صفته الأجنبية . ومع ذلك فانه لا يترتب على احتفاظ الحكم الأجنبي بصفته الأجنبية ان تصبح آثار هذا الحكم في مصر - كما ذهب البعض - هي نفس «آثاره التي يرتبها له القانون الذي صدر وفقاً لأحكامه» (١) لأن هذه الآثار تعد من ضمانات التنفيذ التي تخضع كما رأينا لقانون القاضي الذي امر بتنفيذ الحكم . فاجراءات التنفيذ الجبري تخضع لمبدأ الاقليمية البحتة، ومن ثم فان التأمين الذي ينشئه الحكم الأجنبي بمجرد صدوره لا يرتب اي اثر في خارج اقليم الدولة التي صدر الحكم عن محاكمها . فاذا ما طلب تنفيذ هذا الحكم في مصر فان القانون المصري وحده هو الذي يقرر حدود الضمانات التي تكفل هذا التنفيذ .

ولهذا نرى مع البعض انه يجوز لمن صدر الحكم الأجنبي لصالحه ان يطلب تقرير حق اختصاص على اموال المحكوم عليه الكائنة في مصر بعد شمول الحكم للأمر بالتنفيذ، ولو كان قانون الدولة التي صدر الحكم الأجنبي عن محاكمها لا يميز تقرير حق الاختصاص (راجع المادة ١٠٨٦ من القانون المدني) (٢) .

الفرض الثاني : اما اذا كان التأمين قد تقرر بمقتضى القانون الذي يحكم الحق موضوع النزاع بحيث لم يكن للحكم الأجنبي من اثر سوى كشف هذا الحق ، فانه يجوز التمسك في مصر بهذا التأمين . وعلى ذلك فاذا كان القانون الأجنبي الذي يحكم الدعوى يأخذ مثلاً بفكرة المسؤولية التضامنية عن الفعل الضار ، فانه يجوز للمضروور الذي حصل في مصر على امر بتنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بالتعويض في هذه الحالة ان يتمسك بالمسؤولية التضامنية للمدينين المحكوم ضدهم . اذ ان التأمين في هذا الفرض هو اثر من آثار القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى وليس مجرد ضمان من ضمانات التنفيذ المترتبة على الحكم .

(١) الدكتور عز الدين عبد الله الطيبة الثانية ص ٧٣٧ .

(٢) عكس هذا الرأي الدكتور عز الدين عبد الله الطيبة الثانية ص ٧٣٨ والطبعة السادسة

الفصل الثاني

الآثار الأخرى للأحكام الأجنبية

٧٥ - تمهيد وتقسيم

انتهينا في الفصل السابق من دراسة مدى تمتع الأحكام الأجنبية بالقوة التنفيذية في مصر . وننتقل في هذا الفصل اساماً الى دراسة الوجه السلبي لنفاذ الحكم الأجنبي في مصر ، ونعني بذلك مدى تمتعه بحجية الشيء المحكوم فيه .

ومع ذلك فقد مضت الإشارة الى ان تخلف الشروط اللازمة لتمتع الحكم الأجنبي بهذه الحجية لا يجوز دون امكان التمسك بهذا الحكم كدليل في الالابات . بل وان الحكم الأجنبي الذي صدر ونفذ في الخارج يعد واقعة من العسير على القضاء الوطني تجاهها .

وسنتعرض فيما يلي لهذه الموضوعات على التوالي ، فنتولى اولاً حجية الحكم الأجنبي في حسم النزاع ، ثم حجيته في الالابات وأخيراً مدى الاعتداد به كواقعة .

٧٦ - أولاً : حجية الحكم الأجنبي في حسم النزاع

مضت الإشارة الى ان حجية الحكم والاعتراف له بالتالي بقوة الشيء المقضي به من ناحية ، وقوته التنفيذية من ناحية أخرى ، هما مظهران من مظاهر نفاذ الحكم . واذا كنا قد تعرضنا في الفصل السابق للمظاهر الإيجابية لنفاذ الحكم الأجنبي وهو قوته التنفيذية ، فعلينا أن نتصدى الآن للمظاهر السلبية .

والأصل أن أحكام القضاء حجة في حسم النزاع وعنوانا للحقيقة لا يقبل اثبات العكس ، وهو الأمر الذى يحول دون امكان اثاره النزاع مرة اخرى .

ويثور التساؤل في مصر عن مدى تمتع الأحكام الأجنبية بهذه الحجية والحال ان المشرع المصرى قد سكت عن تنظيم هذه المسألة خلافا لموقفه ازاء القوة التنفيذية للأحكام الأجنبية على النحو الذى يبينه فى الفصل السابق .

وقد اعتنق البعض مذهب القضاء الفرنسى فى هذا الشأن ، فقرروا ان الحكم الأجنبى لا يتمتع بالحجية فى مصر الا اذا صدر الأمر بتنفيذه . ويقوم هذا الرأى على اساس «أن التسليم بحجية الحكم الأجنبى مجردا عن الأمر بالتنفيذ هو اعتراف بمظهر من مظاهر السلطة الآمرة فى دولة اخرى وهو مالا يجوز » (١) .

ونحن لا ننكر ان الاعتراف التلقائى بحجية الحكم الأجنبى يشكل خرقا للسيادة المصرية . اذ يجب ان تتوافر فى الحكم الأجنبى على الأقل الشروط الأساسية اللازمة لصحته من الوجهة الدولية ، والتى عددها المشرع فى المادة ٤٩٣ /مرافعات ، حتى يمكن الاعتراف له بحجية الأمر المقضى به فى مصر .

ومع ذلك فان استلزام رفع دعوى طلب الأمر بالتنفيذ حتى يمكن الاعتراف للحكم الأجنبى بحجيته - كما اراد الرأى السالف - هو اسراف فى الشكليات دون مبرر . ولهذا فنحن نتفق تماما مع الفقه المصرى الراجح

(١) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧٤٢ والطبعة السادسة رقم ٢٢٢ - وراجع هذا الاتجاه فى فرنسا فى

Francia, Effets en France des Jugements étrangers indépendamment de l'exequatur.

تقرير منشور فى أعمال اللجنة الفرنسية لقانون الدول الخاص ١٩٤٦ - ١٩٤٧ و ١٩٤٧ - ١٩٤٨
١٩٤٨ ص ١٢٦ .

فما انتهى اليه من كون اغفال تعليق حجية الأحكام الاجنبية على شمولها للأمر بالتنفيذ، دليل على عدم لزوم هذا الاجراء للاعتراف بحجية هذه الأحكام في مصر (١) .

ولكن هل يكفي للاعتراف بحجية الحكم الأجنبي ان يتحقق القاضي من توافر الشروط الأساسية اللازمة لصحة الحكم والتي عددها المشرع في المادة ٤٩٣ /مرافعات ؟ .

يبدو ان هذا هو ما يراه جانب من الفقه المصرى (٢) . ومع ذلك فنحن نميل الى الاعتقاد بأنه من المتعين على القاضي الذى حدث التمسك امامه بحجية الحكم الأجنبي ان يتأكد - فوق ذلك - من تحقق شرط التبادل (٣) .

وقد يقال ردا على ذلك انه وما دام ان المشرع لم يبين شروط التمسك بحجية الحكم الأجنبي في مصر، فانه يكفي ان تتوافر في هذا الحكم الشروط الأساسية اللازمة لصحته من الوجهة الدولية حتى يحوز حجية الأمر المقضى به دون حاجة لاستلزام التبادل . وقد يؤكد هذا القول ان شرط التبادل قد تعرض - بحق - لنقد جارح على نحو ما بينا من قبل . ومع ذلك ففى اعتقادنا ان اشتراط التبادل عند طلب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في مصر يقتضى كأصل عام اشتراطه ايضا عند التمسك بحجية هذا الحكم .

ولا يقوم رأينا هذا على مجرد تحقيق الانسجام فى التشريع، ولكون «حجية الشيء المقضى به والقوة التنفيذية تشتركان فى أن كلا منهما مظهر لنفاذ

(١) راجع : الدكتور فؤاد رياض ٥١٣ ، ٥١٤ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ٢٠٦ والدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٨٢ .

(٢) راجع : الدكتور فؤاد رياض السابق. وانظر فى عرض هذا الاتجاه فى مصر الدكتور مز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩٣٧ وما بعدها .

(٣) راجع فى هذا المعنى الدكتور محمد كمال فهمى رقم ٤٨٢. ويبدو ان استاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل يأخذ أيضا بهذا الاتجاه - راجع مذكراته السابق الاشارة اليها ص ٢٠٦ .

الحكم « (١) ، وانما دفعنا الى الأخذ به بصفة خاصة ما قد يؤدى اليه الرأى العكسى من نتائج غير مقبولة .

فلو افترضنا ان حكما أجنبيا قد استوفى الشروط اللازمة لصحته دوليا وتختلف فى شأنه شرط التبادل فان المحكوم له ان يستطيع بداهة أن يحصل على الأمر بتنفيذه فى مصر . وقد يدفعه ذلك الى رفع دعوى مبتدأة أمام القضاء المصرى للمطالبة بالحق الذى قرره له الحكم الأجنبى بغية الحصول على حكم واجب النفاذ على أموال المدين الكائنة فى مصر . فاذا قلنا ان الحكم الأجنبى يتمتع فى هذه الحالة بحجية الشيء المقضى به رغم تخلف شرط التبادل فستقف حجية هذا الحكم حائلا يمنع القضاء المصرى من اعادة النظر فى موضوع النزاع . ولا شك أن هذه النتيجة ستحول فى النهاية بين صاحب الحق وبين الحصول على حقه ، وهو ما يشكل انكارا للعدالة .

وعلى ذلك نرى ان من واجب القاضى ان يتحقق ، قبل الاعتراف بحجية الحكم الأجنبى فى مصر ، من توافر نفس الشروط التى استلزمها الشارع لمنح هذا الحكم القوة التنفيذية ، على أنه لا يلزم لذلك ان يشمل الحكم الأجنبى فعلا الأمر بالتنفيذ .

٧٧ — استثناء خاص بالحالة والأهلية

مضت الإشارة الى أن القضاء الفرنسى قد اشترط صدور الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى حتى يعترف لهذا الحكم بحجية الشيء المقضى به . وقد استثنى القضاء فى فرنسا الأحكام الصادرة فى مواد الحالة والأهلية ، فلم يشترط للاعتراف بحجيتها صدور أمر بالتنفيذ ، وانما اكتفى بأن تتوافر فى هذه الأحكام الشروط الأساسية اللازمة لصحتها من الوجهة الدولية

(١) الدكتور محمد كمال نهى ص ٥٤٧ .

حتى تحوز حجية الأمر المقضى به في فرنسا (١) .

ويقوم هذا الاستثناء على أساس ان الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية تتضمن انشاء حالة واقعية لا سبيل الى اغفالها (٢) . فلا يعقل ان يعلق الاعتراف بحجية الحكم الأجنبي الصادر بالتطبيق مثلاً على شرط صدور الأمر بتنفيذه . فثل هذا الحكم يتعلق بحالة الأشخاص، ومن ثم يجب الاعتراف بحجيته ايضاً ذهبوا وطالما توافرت فيه الشروط اللازمة لصحته (٣) .

(١) مع ملاحظة ما يراه الفقه الفرنسى من أن عبء اثبات توافر الشروط الأساسية اللازمة لصحة الحكم الأجنبي المتعلق بالحالة أو الأهلية لا يقع على عاتق الخصم المتمسك بحجية هذا الحكم كما هو مؤدى القواعد العامة . وإنما على من ينكر حجية الحكم في هذا الفرض أن يقيم الدليل على عدم توافر الشروط اللازمة لسلاته من الوجهة الدولية . راجع ما قبله وأنظر في ذلك : *Francescakis, "La reconnaissance et L'exécution des jugements étrangers" in le droit international privé de la famille en France et en Allemagne, p. 470.*

(٢) راجع تقرير الأستاذ *Francescakis* المنشور بأعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص والسابق الاشارة اليه ص ١٣٧ - ١٤٠ وراجع أيضاً : *Holleaux, Remarques sur l'évolution de la jurisprudence en matière de reconnaissance des décisions étrangères d'état et de capacité.* تقرير منشور بأعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٤٨ - ١٩٥٢ ص ١٧٩ وما بعدها . وأنظر أيضاً *Batiffol* المطول رقم ٧٧٢ ورسالة الدكتور فؤاد رياض السابق الإشارة إليها ص ٢٩ وما بعدها .

(٣) والغالب ان تكون الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية منشئة للحقوق . ومع ذلك فقد تكون احكام الحالة او الأهلية مقررة الحق اسوة بغيرها من الأحكام كما هو الشأن بالنسبة للأحكام الخاصة ببطان الزواج . ويتفق الفقه الفرنسى على استثناء الأحكام المتعلقة بالحالة والأهلية من القواعد العامة في شأن الشروط اللازم توافرها لتمتع الحكم الأجنبي بحجية الأمر المقضى به على نحو ما رأينا في المتن وسواء كانت منشئة للحق أو مقررة له . بل ويؤكد البعض إمتداد هذا الاستثناء إلى الأحكام المنشئة للحقوق بصفة عامة ولو لم تتعلق بالحالة أو الأهلية . راجع الدكتور عز الدين عبد الله . الطبعة السادسة ص ٩٤٢ . وأنظر في الخلاف الفقهي حول الأحكام المتعلقة بشهر الانعلاء وتعيين الصنيك بصفة خاصة *Batiffol* المطول طبعة ١٩٦٢ رقم ٧٤٤ والدكتور عز الدين عبد الله السابق ص ٩٤٦ وما بعدها .

ومع ذلك فاذا كان من شأن الاجتجاج بالحكم الأجنبي في مثل الفروض السابقة اتخاذ اجراء تنفيذي في الدولة ، كتمسك الزوجة بحكم الطلاق بغرض الحصول على نفقة من زوجها ، فانه يتعين ان يصدر امر بالتنفيذ من القضاء الوطني وفقاً للاجراءات المعتادة (١) .

وقد كان طبيعياً ان ينتهي القائلون بضرورة صدور امر بتنفيذ الحكم الأجنبي في مصر حتى يعترف لهذا الحكم بحجية الأمر المقضي به الى تأكيد الاستثناء السابق مراعاة لنفس الاعتبار التي دفعت الفقه الفرنسي الى الأخذ به (٢) .

وقد يتبادر الى الذهن ان هذا الاستثناء لا محل له في مصر وفقاً للرأى الذى انتصرنا له . فقد رأينا انه لا يشترط وفقاً لهذا الرأى ان يصدر امر بتنفيذ الحكم الأجنبي حتى يعترف له بحجية الأمر المقضي به . والواقع ان الاستثناء السابق لا يفقد أهميته في مصر رغم ايماننا بهذا الاتجاه الأخير . فقد مضت الإشارة الى أنه لكي يمكن التمسك بحجية الأحكام الأجنبية في مصر فانه يتعين على القاضى ان يتحقق من توافر شرط التبادل بالاضافة الى الشروط الأساسية الأخرى اللازمة لصحة الحكم من الوجهة الدولية . أما بالنسبة للأحكام الخاصة بمواد الحالة والأهلية فن العسير أن نسلم تخضوعها لشرط التبادل نظراً لكونها أحكام منشئة لحالة واقعية لا سبيل الى اغفالها . فلا يعقل أن يعلق الاعتراف في مصر بطلاق شخص أجنبي بمقتضى حكم صادر عن محاكم دولته على تحقق شرط ذى طابع سيامى محض مثل شرط التبادل . فحالة الطلاق التي أنشأها الحكم الأجنبي هي حالة واقعية لا يصح تجاهلها طالما توافرت في الحكم الأجنبي الشروط اللازمة لصحته من الوجهة

(١) Batiffol رقم ٧٧٦ و Franciscakis السابق ص ١٣٩ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله الطيبة الثانية ص ٧٤٣ وما بعدها والطيبة السادسة ص ٩٤٠ وما بعدها .

الولاية (١) •

وغنى عن البيان أنه اذا كان التمسك بحجية الحكم الأجنبي من شأنه اتخاذ اجراء تنفيذى في مصر فانه يتعين بداهة أن يشتمل الحكم على أمر بالتنفيذ تطبيقاً للقواعد العامة (٢) . وفي هذه الحالة الأخيرة تستوى الأحكام الصادرة في مواد الحالة والأهلية مع غيرها من الأحكام الأخرى من حيث ضرورة التيقن - قبل الأمر بالتنفيذ - من تحقق الشروط التى قررها المشرع في هذا الشأن ومن بينها شرط التبادل (٣) .

٧٨ - ثانياً : حجية الحكم الأجنبي في الاثبات

يعترف القضاء الفرنسى الحديث بقوة الحكم الأجنبي كدليل في الاثبات ، ولو لم تكن له حجية الأمر المقضى به في فرنسا . ويؤيد الفقه الراجح هذا الاتجاه على أساس ان الحكم الأجنبي وان لم يكن سنداً واجب التنفيذ في هذا الفرض ، الا أنه يعد مع ذلك محرراً رسمياً تتحدد قوته في الاثبات

(١) راجع هذا المعنى في مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧٤٦ والطبعة السادسة ص ٩٤٥ والدكتور شمس الدين الوكيل ص ٢٠٧ . وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا النظر في حكمها الصادر في ١٢ يناير ١٩٥٦ . مجموعة المكتب الفنى ص ٧ ص ٧٤ ومشار إليه أيضاً في مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة السادسة ص ٩٤٥ هامش (٢) . وقد جاء بالحكم « متى كان الحكم الأجنبي صادراً بشأن حالة الأشخاص بصفة نهائية ومن جهة ذات ولاية باصداره بحسب قانونها وبحسب قواعد اختصاص القانون الدولى الخاص ، وليس فيه ما يخالف النظام العام في مصر ولو كان شرط التبادل غير متوافر ، مادام أنه لم يصدر حكم من المحاكم المصرية واجب التنفيذ في نفس الموضوع وبين الخصوم أنفسهم . واذن فحق كان الحكم المطعون فيه اذ انتهى الى الاعط بحجية احكام صادرة من محاكم لبنان فيما قضت به من نفي بنوة شخص لآخر لبناني قد أثبتت استكمال هذه الأحكام للشرائط المتقدمة ، فان الحكم لا يكون قد أخطأ القانون » .

(٢) راجع :

Frangescakis, La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers.

المرجع السابق ص ٤٦٥ .

(٣) راجع الدكتور شمس الدين الوكيل . السابق ص ٢٠٧ .

وفقاً لقانون السلطة التي قامت بتحريره (١) .

وعلى ذلك يعد الحكم الأجنبي دليلاً على ما ورد فيه من وسائل الإثبات كالإقرار واليمين والبيئة والمعاينة وأداء الخبرة (٢) . كل ما في الأمر هو أن القاضي لا يتقيد بما استخلصته المحكمة الأجنبية من هذه الأدلة، وإنما تبقى له حرية تقدير الأدلة الثابتة في الحكم الأجنبي (٣) .

ويبارك الفقه المصري الغالب (٤) هذا الاتجاه، وهو ما نرى الأخذ به في مصر.

وغنى عن البيان أن الحكم الأجنبي يتمتع بهذه الحجية في الإثبات رغم عدم توافر الشروط اللازمة لصحته وتحلف شرط التبادل . إذ لو توافرت فيه هذه الشروط لتمتع بقوة الشيء المحكوم به على نحو ما بينا من قبل .

٧٩ - (ب) الحكم الأجنبي كواقعة

يعتبر الحكم الأجنبي الذي تم تنفيذه في الخارج واقعة قانونية يتعين الاعتراف بها دون حاجة إلى استيفائه للشروط اللازمة لتمتع بحجية الأمر المقضى به .

وقد ضرب البعض في فرنسا مثالا لذلك بالدعوى التي رفعها عامل أجنبي ضد إحدى الشركات الأجنبية في فرنسا يطالبها فيها بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة لحادث عمل يخضع لقانون المسؤولية عن حوادث العمل في فرنسا . فقد تبين للمحكمة الفرنسية التي طرح النزاع أمامها أنه سبق للمدعى أن رفع دعوى مماثلة عن ذات الحادث أمام محكمة أجنبية

(١) راجع Batifol المطول رقم ٧٧٠ .

(٢) Simon-Dépitre السابق ص ١٧٩ .

(٣) Batifol المطول رقم ٧٧٠ .

(٤) الدكتور عز الدين عبد الله الطبعة الثانية ص ٧٥١ والطبعة السادسة ص ٩٤٩ والدكتور

قضى له فيها فعلا بالتعويض . ورغم أنه لم يصدر أمر بتنفيذ الحكم الأجنبي القاضى بالتعويض فى فرنسا، وبالتالي فلم يكن هذا الحكم متمتعا بمجعية الأمر المقضى به وفقا للرأى السائد هناك ، الا أن القضاء الفرنسى قد استنزل من التعويض الذى يستحقه العامل وفقاً للقانون الفرنسى مبلغ التعويض الذى قضت له به المحكمة الأجنبية .

وقد استخلص الأستاذ « بارتن » من هذا الحكم ان القضاء الفرنسى قد اعتد بالحكم الأجنبي فى هذه الحالة بوصفه واقعة حدثت بالفعل، وبالتالي لم يعد من المستساغ تجاهلها (١) .

وقد آمن الفقه المصرى بحق بصحة هذا الاستخلاص وسلامة الأساس الذى يقوم عليه ، فلم يتردد فى تأكيد الاعتراف بالحكم الأجنبي بوصفه واقعة لا سبيل الى اغفالها (٢) .

(١) Bartin ج ١ رقم ١٩٤ وراجع *Frangescakis, Effets en France des Jugements étrangers indépendamment de l'exequatur.* التقرير السابق الإشارة إليه والمنشور بأعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٤٧ - ١٩٤٨ و ١٩٤٧ - ١٩٤٨ ص ١٤٨ .

(٢) راجع الدكتور فؤاد رياض. المرجع السابق ص ١٥٥ والدكتور محمد كمال فهمى ص ٥٥٠ .

المراجع

حرصنا على الإشارة في كل موضع من هذه الدراسة إلى أهم المراجع العامة والمتخصصة التي رجعنا إليها عند إعداد هذا المؤلف . ونكتفي بالإشارة هنا إلى المراجع التي اعتمدنا عليها في البحث بصفة أساسية .

أولاً : المراجع العربية

الدكتور أحمد أبو الوفا

- نظرية الدفع في قانون المرافعات . الطبعة الأولى ١٩٥٤ .

الدكتور جميل الشرقاوي

- قواعد اختصاص المحاكم المدنية في القانون المصري - محاضرات أقيمت على طلبة السنة

الثالثة بكلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٥٥ - ١٩٥٦ .

الدكتور رمزي سيف

- دروس في نظرية الدعوى (على الآلة الكاتبة) . لقاء على طلبة السنة الثالثة بكلية

الحقوق . جامعة القاهرة ١٩٥٥ - ١٩٥٦ .

الدكتور شمس الدين الوكيل

- دروس في القانون الدولي الخاص (على الآلة الكاتبة) لقاء على طلبة السنة الرابعة

بكلية الحقوق . جامعة الإسكندرية ١٩٦٢ - ١٩٦٣ .

الدكتور عبد المنعم فريج الصدة

- الإثبات في المواد المدنية . الطبعة الثانية . القاهرة ١٩٥٤ .

الدكتور عز الدين عبد الله

- القانون الدولي الخاص المصري . الجزء الثاني . الطبعة الثانية ١٩٥٥ والطبعة السادسة

١٩٦٩ .

الدكتور فوزي عبد المنعم رياض

- الوسيط في القانون الدولي الخاص . الجزء الأول . القاهرة ١٩٦٢ .

- الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الإختصاص الدولي . دار النهضة العربية .

- الحصانة القضائية للدولة . مستخرج من مجموعة محاضرات الحلقة الدراسية للموسم

الثقافي التي أقيمت بدار الجمعية المصرية للقانون الدولي العام ١٩٦٤ .

— مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص . محاضرة ملقاة بدار الجمعية المصرية
للقانون الدولي يوم ٢٤ مارس ١٩٦٥ . مستخرج من مجلة مصر الماصرة ص ١٨٨
وما بعدها .

الدكتور محمد كمال فهمي
— أصول القانون الدولي الخاص . الاسكندرية ١٩٥٥ .

الدكتور منصور مصطفى منصور
— مذكرات في القانون الدولي الخاص القاهرة ١٩٥٧ .

ثانياً : المراجع الأجنبية

ARMINJON (P.)

— Précis de droit international Privé, 3ème édition. Tome III.
Paris 1947.

BARTIN (E.)

— Principes de droit international Privé, 3ème édition. Tome I.
Paris 1930.

BATIFFOL (H.)

— Traité élémentaire de droit international Privé. 3ème édition,
Paris 1959 et 4ème édition, Paris 1967.

BAUER (H.)

— Compétence Judiciaire internationale des tribunaux civils
Français et Allemands. Dalloz 1965.

BELLET (P.)

— La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière de l'exequatur des jugements étrangers, Travaux du Comité Français
de droit international Privé. 1962-1964. P. 251 et s.

CHESHIRE (G. C.)

— Private international law. sixth edition. Oxford 1961.

CUCHE ET VINCENT

— Précis de procédure civile. Dalloz 1963. 13ème édition.

DICEY (A.V.)

- Conflict of laws. Third édition.

FRAGISTAS (P.)

- La reconnaissance des jugements étrangers cours (Polycopiés),
Faculté internationale du droit comparé (Helsinki), Session d'été
1961.

FRANCESCAKIS (P.H.)

- La compétence judiciaire internationale, le droit international
Privé de la famille en France et en Allemagne. Sirey 1954. p.429.
- La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, le droit
international privé de la famille en France et en Allemagne.
Sirey 1954, p. 460. et S.
- Effets en France des jugements étrangers indépendamment
de l'exéquat. Travaux du Comité Français de droit inter-
national Privé 1946-1947 et 1947-1948, p. 129 et S.

FREYRIA

- Les limites de l'immunité de juridictions et d'exécution des états
étrangers, Rev. Crit. 1951., p. 207 et s.

GRAVESON (R.H.)

- The Conflict of Laws. Fifth edition, 1952.

GUTTERIDGE (H.C.)

- Le Conflit des lois de Compétence Judiciaire dans les actions
Personnelles, Recueil des cours de l'Académie de droit
international, 1933. Tome II (44), p. 115 et s.

HOLLEAUX

- Remarques sur l'évolution de la Jurisprudence en matière de
reconnaissance des décisions étrangères d'état et de capacité.
Travaux du Comité Français de droit international privé 1948-
1952 p. 179 et s.

HUET (A.)

- Les Conflits de lois en matière de Preuve thèse Strasbourg.
Dalloz, Paris 1965.

LAGARDE (P.)

- La dixième Session de la Conférence de la Haye de droit international privé. Rev. crit. 1965, p. 449 et s.

LEREBOURS-PIGEONNIERE ET LOUSSOUARN

- Précis de droit international privé. 8ème édition. Dalloz 1962.

MOREL

- Traité élémentaire de Procédure Civile, Paris 1949.

MOTULSKY (H.)

- Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé. Travaux du Comité Français de droit international privé 1948-1952, p. 13 et s.

NIBOYET (J.P.)

- Traité de droit international Privé, Tome 5 et 6, Paris 1949.
- Immunité de juridiction et incompétence d'attribution, Rev. Crit 1950, p. 139 et S.

QUADRI (R.)

- Sur la loi applicable aux moyens de preuve, Rev. Egyptienne de droit international. V. 9. 1953, p. 134 et s.

RIAD (F.)

- Foreign Jurisdictional acts. A Comparative study with special reference to the Common Law system. Rev. Egyptienne de droit international V. 12, 1956, p. 1 et s.
- La valeur internationale des jugements en droit comparé, Thèse Paris, Sirey 1955.
- Compétence étrangère et jugements étrangers dans la conception législative moderne. Rev. Al Qanoun Wal Iqtisad. Mars et Juin 1956, p. 1 et s.

SCHMITTHOFF

- L'immunité de juridiction des états souverains et le commerce international. Aspects juridiques du commerce avec les pays d'économie planifiée-Paris 1961, Traduction Simon - De pitre. p. 181 et s.

SIMON - DEPTRE

— Droit international privé. Librairie Armand Colin.

SOLUS ET PERROT

— Droit Judiciaire Privé. Tome I Sirey 1961.

TALLON (H. G.)

— La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, Thèse. Dalloz 1965.

VALERY (J.)

— Manuel de droit international privé. Paris 1914.

WOLFF (M.)

— Private international law, 2nd edition, Oxford 1962.

* * *

محتويات الكتاب

صفحة

- ١ - تمهيد وتقسيم ٥

الباب الأول

الإختصاص القضائي الدولي

- ٢ - الإختصاص الدولي والإختصاص الداخلي للمحاكم ٧
- ٣ - الطابع الوطني لقواعد الإختصاص القضائي الدولي ٨
- ٤ - حق الأجانب في التقاضي أمام محاكم الدولة ١٠
- ٥ - قواعد الإختصاص القضائي وقواعد الإختصاص التشريعي (أوجه الشبه والخلاف بينهما) ١٢
- ٦ - إستقلال الإختصاص القضائي عن الإختصاص التشريعي لا يحول دون تأثير كل منهما في الآخر ١٤
- ١٥ (أ) أثر تعيين المحكمة المختصة على الإختصاص التشريعي
(ب) أثر تعيين القانون الواجب التطبيق على الإختصاص القضائي ١٨
- ٧ - تقسيم ٢٦

الفصل الأول

الحصانة القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها

وممثلها الدبلوماسيين

- ٨ - أساس الحصانة في القانون الدولي العام ٢٨
- ٩ - نطاق الحصانة ٣٢
- ١٠ - طبيعة الدفء بالحصانة ٣٩
- ١١ - التنازل عن الحصانة وأثره ٤١

صفحة

الفصل الثاني

المبادئ العامة في الاختصاص القضائي الدولي

٤٦	١٢ - أهمية البحث
٤٨	١٣ - أولاً : مبدأ قوة النفاذ
٤٩	١٤ - ثانياً : اختصاص محكمة موطن المدعى عليه
٥٠	١٥ - ثالثاً : اختصاص محكمة موقع المال
٥٣	١٦ - رابعاً : اختصاص محكمة محل الإلتزام
٥٣	١٧ - خامساً : جلسة المدعى عليه
٥٤	١٨ - سادساً : الخوض الإختياري
٦٤	١٩ - سابعاً : الإختصاص بطلب الإجراءات الوقتية
٦٥	٢٠ - ثامناً : حالة الارتباط

الفصل الثالث

الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية

٦٧	٢١ - تمهيد
٧١	٢٢ - أولاً : الإختصاص القائم على الجنسية المصرية للمدعى عليه
٧٢	(١) المبدأ العام : الجنسية المصرية للمدعى عليه
	(٢) الإستثناء : الدعاوى المقارية المتعلقة بمقار
٧٦	كائن في الخارج...
	٢٣ - ثانياً : الإختصاص القائم على توطن المدعى عليه في مصر أو
٧٧	إقامته بها
	(١) المبدأ العام : توطن المدعى عليه في مصر أو
٧٨	إقامته بها
٧٨	أ - الموطن الحقيقي
٨٢	ب - الموطن المختار
	(٢) الإستثناء : الدعاوى المقارية المتعلقة بمقار
٨٦	كائن في الخارج...
٩٣	٢٤ - ثالثاً : الإختصاص القائم على وجود المال في مصر
٩٤	٢٥ - رابعاً : الإختصاص القائم على نشأة الإلتزام أو تنفيذ مصر..

٩٧	٢٦ - خامساً :	الإختصاص في مواد الإفلاس .
١٠٢	٢٧ - سادساً :	الإختصاص بمسائل الإرث وبالدهاوى المتعلقة بالتركة ...
١٠٣		(١) القاعلة العامة في الإختصاص بمسائل الارث والدهاوى المتعلقة بالتركة
١٠٦		(٢) الاستثناء : الدهاوى المتعلقة بمقار واتسع في الخارج
١١٢	٢٨ - سابعاً :	الإختصاص في مسائل الولاية على المال
١١٤	٢٩ - ثامناً :	الإختصاص بالمسائل المتعلقة بنسب الصغير والولاية على النفس
١١٥	٣٠ - تاسعاً :	الإختصاص بطلب نفقة للأم أو للزوجة أو للصغير ..
١١٦	٣١ - عاشراً :	الإختصاص بالمعارضة في عقد الزواج المراد إبرامه لدى الموثق المصرى
١١٧	٣٢ - الحادى عشر :	الإختصاص بطلب فسخ الزواج أو بالتطبيق أو بالإفصال الجسافى
١١٩	٣٣ - الثانى عشر :	الإختصاص القائم على فكرة تلافى إنكار المدالة أو كون القانون المصرى هو الواجب التطبيق في الدهاوى ...
١١٩		(١) الإختصاص القائم على فكرة تلافى إنكار المدالة ..
١٢٤		(٢) الإختصاص القائم على فكرة أن القانون المصرى هو الواجب التطبيق في الدهوى
١٢٦	٣٤ - الثالث عشر :	الإختصاص القائم على فكرة الخضوع الإختيارى ...
١٣١	٣٥ - الرابع عشر :	الإختصاص بالاجراءات الرقشية والتحفظية واجراءات التنفيذ الجبرى
١٣٣	٣٦ - الخامس عشر :	الإختصاص في حالة الإرتباط وتمدد المدعى عليهم ...
١٣٣		(١) الإختصاص في حالة الإرتباط
١٣٧		(٢) الإختصاص في حالة تمدد المدعى عليهم ...
١٤١	٣٧ - السادس عشر :	الإختصاص بالطلبات المعارضة والمسائل الأولية ...
١٤١		(١) الإختصاص بالطلبات المعارضة
١٤٣		(٢) الإختصاص بالمسائل الأولية
١٤٥	٣٨ - مدى جواز الدفع بإحالة الدعوى إلى المحكة الأجنبية المطروح أمامها ذات النزاع ...	

صفحة

٣٩ -	مدى جواز الخروج من قواعد الإختصاص الدول للمحاكم المصرية...	١٥٥
٤٠ -	حجب توافر ضابط الإختصاص عند رفع الدعوى	١٥٨
٤١ -	تحديد الإختصاص الداخلى	١٦٠

الباب الثانى

القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

٤٢ -	قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى	١٦٣
٤٣ -	أساس القاعدة ومدى ارتباطها بكل من تنازع الإختصاص القضائى وتنازع القوانين	١٦٤
٤٤ -	نطاق تطبيق قانون القاضى : التفرقة بين الإجراءات والموضوع	١٧٠
٤٥ -	أولاً : شروط قبول الدعوى	١٧٢
١٧٢	أ - أهلية التقاضى	١٧٢
١٧٣	ب - صفة الخصوم	١٧٣
١٧٧	ج - المصلحة	١٧٧
٤٦ -	ثانياً : إجراءات الخصومة	١٧٨
٤٧ -	ثالثاً : التقادم	١٧٨
٤٨ -	رابعاً : الإثبات	١٧٩
٤٩ -	عمل الإثبات	١٨٢
٥٠ -	صه الإثبات	١٨٤
٥١ -	طرق الإثبات ، أو ما يقبل من الأدلة	١٨٦
٥٢ -	قوة الدليل فى الإثبات	١٩٢
٥٣ -	إجراءات تقديم الدليل	١٩٦
٥٤ -	الإثباتة القضائية	١٩٩
٥٥ -	خامساً : الحكم فى الدعوى وآثاره	٢٠١
٥٦ -	سادساً : إجراءات التنفيذ	٢٠٢

صفحة

الباب الثالث

آثار الأحكام الأجنبية

- ٥٧ - وضع المسألة وتحديد نطاق البحث ٢٠٣
- ٥٨ - تقسيم ٢٠٩

الفصل الأول

القوة التنفيذية للأحكام الأجنبية

- ٥٩ - الإختصاصات المختلفة في تنفيذ الأحكام الأجنبية ٢١١
- ٦٠ - موقف المشرع المصري - جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية بأمر التنفيذ ولكن بشرط التبادل ٢١٥
- ٦١ - تقسيم ٢١٦

أولا : شرط التبادل

- ٦٢ - المقصود بشرط التبادل ٢١٦
- ٦٣ - الوقت الذي يحد به في توافر شرط التبادل ٢٢٠
- ٦٤ - صور التبادل ٢٢٢
- ٦٥ - تقدير شرط التبادل ٢٢٣

ثانيا : الشروط الأساسية لتنفيذ الأحكام الأجنبية

- ٦٦ - النص التثريعي ٢٢٦
- ٦٧ - الشرط الأول : صدور الحكم الأجنبي من هيئة قضائية مختصة ٢٢٧
- ٦٨ - الشرط الثاني : سلامة الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم أو الأمر الأجنبي ٢٤١
- ٦٩ - الشرط الثالث : حيازة الحكم أو الأمر الأجنبي لقوة الشيء المقضي به .. ٢٤٥
- ٧٠ - الشرط الرابع : عدم تعارض الحكم أو الأمر الأجنبي مع حكم أو أمر آخر سبق صدوره من المحاكم المصرية ٢٤٧
- ٧١ - الشرط الخامس : عدم تعارض الحكم أو الأمر الأجنبي مع النظام العام في مصر ٢٤٩

صفحة

٧٢ - شرط تطبيق القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد المصرية - عدم لزومه.. ٢٥٢

ثالثاً : إجراءات طلب الأمر بالتنفيذ

٧٣ - دعوى الأمر بالتنفيذ ٢٥٨

٧٤ - ضمانات التنفيذ... .. ٢٦٤

الفصل الثاني

الآثار الأخرى للأحكام الأجنبية

٧٥ - تمهيد وتقسيم ٢٦٧

٧٦ - أولاً : حجية الحكم الأجنبي في حسم النزاع ٢٦٧

٧٧ - إستثناء خاص بالحالة والأهلية ٢٧٠

٧٨ - ثانياً : حجية الحكم الأجنبي في الإثبات ٢٧٣

٧٩ - ثالثاً : الحكم الأجنبي كواقعة ٢٧٤

المراجع ٢٧٧

محتويات الكتاب ٢٨٢

297